Formation Administration

Concours

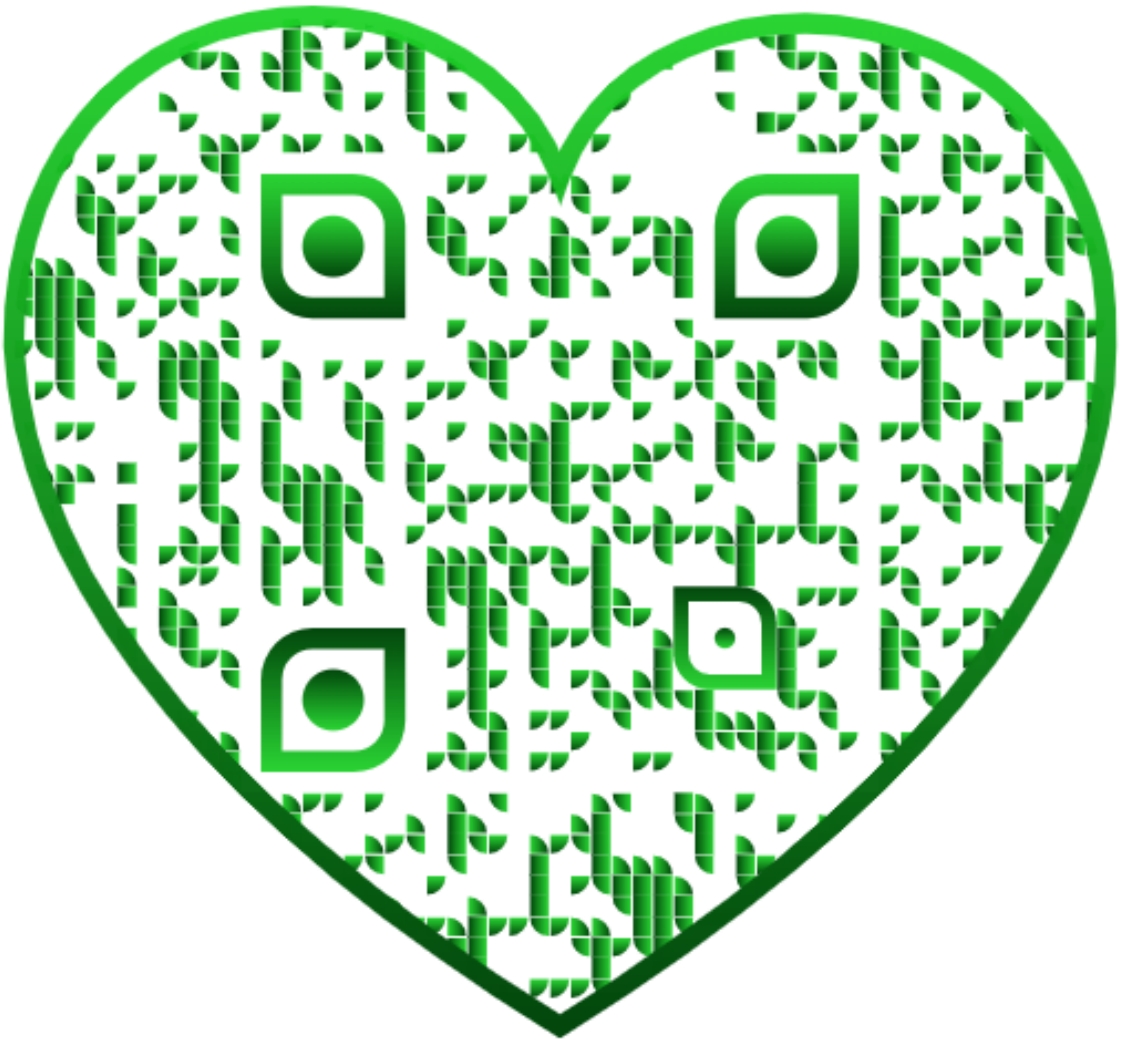
Le droit public

Droit constitutionnel
Droit administratif
Finances publiques
Institutions européennes

Édition 2017

André Legrand
Céline Wiener

La documentation Française



Formation Administration

Concours

DILA

Collection dirigée par
Claire-Marie Buttin

Rédaction
Monique Tolmer

Conception graphique
Michelle Chabaud

Mise en page
Éliane Rakoto

Impression
DILA

Aux termes du Code de la propriété intellectuelle, toute reproduction ou représentation, intégrale ou partielle de la présente publication, faite par quelque procédé que ce soit (reprographie, scannérisation, numérisation…), sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Il est rappelé également que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.

© Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2017
ISSN : 1152-4235
ISBN : 978-2-11-145183-4

Dans la même collection

L'épreuve de QRC aux concours, éd. 2016
Matthieu Houser, Fabien Connétable, Jean-Louis Doney et Suzanne Maury

Les politiques publiques, éd. 2015-2016
Sous la direction de Suzanne Maury

Culture générale - Thèmes de société, éd. 2017
José Comas, Jean-Michel Charbonnel, Samuel Charlot, Stéphane Floccari et Emmanuelle Huisman-Perrin

La note, éd. 2017
Pierre Gévart et Hervé Macquart

Concours des IRA - Annales 2016
Pierre Gévart

La RAEP : construire le dossier, éd. 2016
Chantal Perrin-Van Hille

En petit format

L'entretien avec le jury (2017)
Chantal Perrin-Van Hille

Les questions sociales aux concours (2016)
Suzanne Maury

L'économie aux concours (2016)
Jean-Louis Doney

La GRH dans la fonction publique (2016)
Suzanne Maury

Les finances publiques aux concours (2016)
Matthieu Houser

L'Europe aux concours (2017)
Michel Dumoulin

Le droit administratif aux concours (2015)
Matthieu Houser, Virginie Donier et Nathalie Droin

Formation Administration

Concours

Le droit public

André Legrand
Professeur émérite de droit public à l'Université de Paris Ouest-Nanterre

Céline Wiener
Inspectrice générale honoraire de l'administration de l'Éducation nationale et de la Recherche

Édition 2017

Sommaire

Introduction générale 5

1. Quelques mots d'histoire sur le droit 7
2. Droit public et droit privé 8
3. Les composantes du droit public 8
4. Les tendances de l'évolution 9

I. Droit constitutionnel 11

Chapitre 1
Les notions fondamentales du droit constitutionnel 13

1. L'État 13
2. La Constitution 17

Chapitre 2
Les caractéristiques et l'évolution de la Constitution de 1958 23

1. Les intentions des Constituants 23
2. L'évolution du texte et de la pratique 24

Chapitre 3
Le président de la République 25

1. Le statut du président 25
2. Les pouvoirs du président 29

Chapitre 4
Le gouvernement 34

1. L'organisation du gouvernement et le statut de ses membres 34
2. Les attributions du gouvernement 36

Chapitre 5
Le Parlement 39

1. La composition et l'organisation des Chambres 39
2. Les pouvoirs du Parlement 45

Chapitre 6
Les autres organes constitutionnels 51

1. Le Conseil supérieur de la magistrature 51
2. Le Conseil économique, social et environnemental 52
3. Le Conseil constitutionnel 52

Questions à réponse courte sur le droit constitutionnel 58

II. Droit administratif 61

Introduction 63

1. L'apparition du droit administratif 63
2. L'organisation et les missions de l'administration 64

Titre 1
L'organisation administrative 67

Introduction
Les principes généraux de l'organisation administrative 69

Chapitre 1
L'organisation administrative de l'État 71

1. Les autorités administratives centrales 71
2. Les services déconcentrés 74
3. Les autorités administratives indépendantes 77

Chapitre 2
Les collectivités territoriales 79

1. La décentralisation : un peu d'histoire 79
2. Les collectivités territoriales et la Constitution 79
3. La réforme des collectivités territoriales 81
4. Les organes locaux décentralisés 83
5. Le principe de libre administration des collectivités territoriales 87
6. Le contrôle sur les collectivités locales 92
7. La réorganisation de l'administration communale 94

Chapitre 3
L'administration spécialisée 102

1. La définition de l'établissement public 102
2. Le régime juridique de l'établissement public 103

Titre 2
L'action administrative 105

Chapitre 1
Les actes administratifs 107

1. Les principales catégories d'actes administratifs 107
2. Les règles applicables aux actes administratifs 110

Chapitre 2
La police administrative.....116

1. Le domaine de la police administrative 116
2. Les titulaires du pouvoir de police administrative.....117
3. Les conditions d'exercice de la police administrative.....118

Chapitre 3
Les services publics.....119

1. L'évolution de la notion 119
2. Les différentes catégories de services publics ...120
3. Le régime juridique des services publics.....122

Chapitre 4
La fonction publique 126

1. Les différentes catégories de personnels.....126
2. Les règles applicables aux fonctionnaires.....128

Titre 3
Le contrôle de l'administration.....135

Chapitre 1
L'organisation de la justice administrative.....137

1. L'organisation juridictionnelle.....137
2. La structure de la juridiction administrative 140
3. La compétence du juge judiciaire à l'égard de l'administration 143

Chapitre 2
Le fonctionnement de la justice administrative 146

1. Les règles générales de la procédure contentieuse.....146
2. Le recours pour excès de pouvoir 148
3. Le contentieux de la responsabilité 151

Chapitre 3
Les autres formes de contrôle.....155

1. Les contrôles internes.....155
2. Contrôles externes et médiation.....156
Questions à réponse courte sur le droit administratif.....159

III. Finances publiques.....161

Introduction.....163

1. Le développement des règles de droit budgétaire.....163
2. Les grands principes budgétaires.....163

Chapitre 1
L'élaboration du budget de l'État 169

1. La préparation de la loi de finances de l'année ...170
2. Le vote de la loi de finances.....170

Chapitre 2
L'exécution de la loi de finances 174

1. La mise à disposition des crédits.....174
2. L'obligation de percevoir les recettes publiques.....176
3. Les relations entre annualité budgétaire et exécution du budget 177

Chapitre 3
Les règles de la comptabilité publique 178

1. Le principe de séparation des ordonnateurs et des comptables.....178
2. Les conséquences du principe de séparation des ordonnateurs et des comptables 184

Chapitre 4
Le contrôle de l'exécution du budget.....187

1. Les contrôles des comptes exercés par l'administration 187
2. Les contrôles des comptes exercés par des organismes juridictionnels.....188
3. Le contrôle des comptes exercé par le Parlement.....192

Chapitre 5
L'impôt.....195

1. Les principes généraux de la fiscalité.....195
2. La classification des impôts.....196
3. La procédure fiscale.....198
Questions à réponse courte sur les finances publiques.....200

IV. Institutions européennes 201

Chapitre 1
Historique de l'intégration européenne.....203
1. Les débuts de la Communauté européenne 203
2. L'élargissement progressif de la Communauté européenne 203
3. De la Communauté à l'Union européenne 204
4. La crise de l'Europe et les perspectives d'évolution.....206

Chapitre 2
Les principes généraux de l'organisation des institutions de l'Union européenne.....209
1. La répartition des compétences entre l'Union et les États membres 209
2. La vie démocratique de l'Union.....210
3. L'absence d'une séparation claire des pouvoirs.....210
4. Négociation entre gouvernements et intégration européenne.....211
5. Le retrait d'un État membre 211

Chapitre 3
Le Conseil de l'Union européenne (ou Conseil) 213
1. La composition du Conseil.....213
2. Le fonctionnement du Conseil 214
3. Les attributions du Conseil 215

Chapitre 4
Le Parlement européen.....218
1. L'élection du Parlement 218
2. L'organisation et le fonctionnement du Parlement.....219
3. Les pouvoirs du Parlement 221

Chapitre 5
La Commission.....225
1. La composition et le mandat de la Commission.....225
2. Le statut de la Commission et de ses membres.....226
3. Les pouvoirs de la Commission 227

Chapitre 6
Les institutions judiciaires.....229
1. Les juges au niveau de l'Union.....229
2. Les recours.....230

Chapitre 7
La Cour des comptes européenne 235
1. La composition de la Cour des comptes 235
2. Les attributions de la Cour des comptes.....235

Chapitre 8
Les organes de l'Union européenne.....237
1. Les organes consultatifs.....237
2. Les institutions financières 237
3. Le Médiateur européen 238
Questions à réponse courte sur les institutions européennes.....239

Introduction générale

1. Quelques mots d'histoire sur le droit
2. Droit public et droit privé
3. Les composantes du droit public
4. Les tendances de l'évolution

Cette entrée en matière se propose de donner au lecteur un aperçu de la nature et du contenu du droit public, en les replaçant dans une perspective historique. Les thèmes que l'on y abordera seront traités de manière approfondie dans les différents chapitres de cet ouvrage. Il a paru utile, cependant, d'en esquisser d'emblée les grandes lignes, pour faire apparaître à la fois la diversité des domaines régis par ce droit et les traits communs qui les caractérisent.

1. Quelques mots d'histoire sur le droit

Le droit est aussi ancien que la vie en société : à partir du moment où les hommes sont entrés dans l'ère de l'existence collective, ils ont éprouvé le besoin de régler leurs rapports. Mais depuis l'époque primitive, les sources, les domaines d'intervention et le contenu du droit ont subi de profondes mutations, dues aussi bien à l'évolution des techniques qu'à celle des idées : la diversification des règles suit en effet la complexité croissante de l'organisation sociale.

1. Une démocratisation progressive

À l'origine, il s'agissait principalement de faire régner l'ordre au sein de la communauté et d'assurer la cohésion de celle-ci. Les règles à respecter émanaient de dirigeants que l'on croyait investis d'une mission quasi divine : les sorciers des tribus anciennes commandaient grâce aux pouvoirs magiques qu'ils revendiquaient et cette référence au surnaturel s'est perpétuée jusqu'aux monarques de l'Ancien Régime, qui étaient considérés comme les « lieutenants de Dieu » sur la terre à partir et en vertu de la cérémonie du sacre.

Dès l'Antiquité, toutefois, d'autres sociétés s'étaient dégagées de l'emprise religieuse : la Grèce, puis Rome, instaurèrent la **république**, forme de gouvernement où les dirigeants ne tiennent plus leurs pouvoirs de la volonté divine mais du choix populaire. Au cours de leur histoire, la plupart des pays ont connu des péripéties qui les ont fait osciller de l'un à l'autre de ces modèles d'organisation ; mais presque partout, aujourd'hui, le droit s'est laïcisé et, sauf quelques exceptions[1], il ne se réclame plus de la religion.

Cela ne signifie pas que les **considérations morales** en sont absentes : on peut y rattacher des principes tels que l'égalité de tous devant la loi, la protection sociale, l'aide aux personnes démunies, qui fondent en grande partie les systèmes juridiques. Mais cette morale repose désormais sur la notion de droits de l'homme, dégagée au XVIIIe siècle par les « philosophes des Lumières », tels Montesquieu et Rousseau, qui ont inspiré la Révolution de 1789 ainsi que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen adoptée à cette époque et dont les principes sont toujours en vigueur.

D'autres pays, notamment les États-Unis, ont participé au même moment à ce mouvement d'idées en adoptant une Déclaration d'inspiration analogue. Et au XXe siècle, la communauté internationale s'y est également ralliée : une Déclaration universelle des droits de l'homme a été votée par l'ONU (Organisation des nations unies) en 1948, c'est-à-dire au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et de la chute du nazisme. Elle a été suivie deux ans plus tard par une Convention européenne, puis complétée ensuite par des pactes relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques et sociaux. Tous ces textes énoncent une série de droits considérés comme inhérents à la dignité de la personne humaine et à la lutte contre l'oppression : libertés individuelles et collectives, interdiction des discriminations raciales, suffrage universel, caractère démocratique des institutions ; les gouvernants sont tenus de les respecter et les citoyens peuvent en exiger le respect. Ainsi, au fil des temps, l'absolutisme royal de l'Ancien Régime a-t-il cédé le pas à la souveraineté populaire.

1. Principalement dans ceux des pays qui appliquent la loi islamique *(charia)*.

2. Un domaine en extension

La complexité de la vie sociale est aujourd'hui sans commune mesure avec ce qu'elle était avant la révolution industrielle. Les rapports économiques se sont multipliés, tandis que se faisait jour la nécessité de protéger les travailleurs : les **droits des contrats, du commerce et du travail** sont alors apparus et ont connu un développement considérable. L'expansion de la circulation automobile a engendré le **Code de la route** et le **droit des assurances**. L'apparition de nouvelles technologies a également dû être encadrée par le droit : il fallait ainsi protéger les individus contre l'utilisation abusive des fichiers informatisés. Il a fallu aussi réglementer le recours aux nouvelles substances polluantes, de même que prévenir les dangers des manipulations génétiques. Et l'on pourrait citer bien d'autres exemples de cet accroissement du domaine du droit.

Parallèlement, le rôle des pouvoirs publics s'est modifié : aux tâches traditionnelles de maintien de l'ordre s'est ajoutée la mission plus large et plus ambitieuse d'assurer de bonnes conditions de vie à la collectivité, voire de favoriser le progrès économique et social. Ce que l'on appelle l'interventionnisme[2] s'est considérablement accru avec les deux guerres mondiales successives et la grande crise économique de 1929 : les services publics se sont multipliés, ainsi que les prestations de toutes sortes et la réglementation de secteurs auparavant considérés comme relevant exclusivement de l'initiative privée. Peu à peu, l'administration a pris en charge la fourniture de l'eau, du gaz et de l'électricité, l'organisation des transports en commun, le fonctionnement d'établissements scolaires ou hospitaliers ; elle octroie aussi des aides économiques ou sociales et réalise des équipements. Toutes ces activités ont inévitablement entraîné l'édiction d'un **corps de règles** encadrant les interventions publiques et précisant les conditions dans lesquelles les particuliers peuvent en bénéficier : ces règles sont principalement contenues dans le **droit administratif**. Mais comme l'interventionnisme suppose des crédits et des investissements, le **droit des finances publiques**, qui englobe les prescriptions relatives au budget de l'État et à la fiscalité, s'est développé simultanément.

Enfin, il faut tenir compte de l'extension des relations internationales et surtout de la construction européenne. D'une part, les traités et accords de toutes sortes, ainsi que les organisations multinationales dont la France fait partie (par exemple, l'Organisation internationale du travail) deviennent

2. Par opposition à la doctrine libérale du « laissez-faire » les acteurs privés, qui a prévalu jusqu'à la fin du XIXe siècle. Cette doctrine trouve un prolongement aujourd'hui avec le mouvement favorable à la déréglementation, qui implique notamment l'ouverture à la concurrence de domaines réservés aux services publics et inspire en grande partie la politique économique de l'Union européenne.

plus nombreux et sont à la source de normes spécifiques. Plus importante encore par ses conséquences sur l'ordre juridique est l'Union européenne, grande productrice de règles qui sont applicables dans les pays membres et constituent désormais une branche spécifique du droit, le **droit européen**.

Au total, le droit actuel ne ressemble plus guère à celui du XIXe siècle. D'une part, il est devenu si fourni que de nombreux auteurs, mais aussi des magistrats, dénoncent ce qu'ils dénomment « l'inflation normative » : tous les ans, par exemple, la France adopte près d'une centaine de lois et 1 800 décrets qui viennent s'ajouter au stock des textes en vigueur et auxquels il faut ajouter la réglementation européenne, qui représente un volume annuel équivalent. D'autre part, en raison de la multiplicité de ses domaines d'intervention, le droit s'est spécialisé en diverses branches dont le nombre peut être illustré par celui des enseignements dispensés dans les universités : alors qu'on en comptait une vingtaine dans les années 1950, il y en a plus de quarante aujourd'hui, dont le droit des assurances, de la propriété littéraire et artistique, de l'urbanisme, de la santé… La subdivision principale, toutefois, n'a pas changé : on distingue toujours le droit public du droit privé, les diverses branches spécifiques s'insérant dans l'une ou l'autre de ces catégories – avec parfois, on le verra, quelques zones mixtes.

2. Droit public et droit privé

En théorie, la distinction est nette. Mais si le domaine du droit public est bien délimité, celui du droit privé connaît quelques incursions.

– Le **droit privé** est celui qui régit les rapports entre les particuliers. Il comprend tout d'abord le **droit civil**, dont une grande partie concerne la famille : ainsi en est-il des règles relatives au mariage, à la filiation, au divorce, mais aussi de celles qui ont trait aux patrimoines (régimes matrimoniaux, successions, donations). C'est également le droit civil qui réglemente la propriété privée des biens et la responsabilité qui peut incomber aux particuliers s'ils sont à l'origine d'un dommage, par exemple à l'occasion d'un accident de la circulation.

Vient ensuite le droit commercial, plutôt dénommé aujourd'hui **droit des affaires** : il s'applique, par exemple, aux contrats de vente, à la constitution et à la vie des entreprises, aux assurances. Comme l'est de son côté le droit civil, il est contenu dans un code.

– Le **droit public**, au contraire, régit l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics, ainsi que leurs rapports avec les citoyens. Il réglemente aussi bien l'élection du président de la République que les compétences attribuées aux collectivités territoriales (communes, départements et régions), le recouvrement des impôts et les contrôles qui s'exercent sur l'administration. C'est également lui qui définit et protège les libertés individuelles et collectives dont bénéficient les citoyens.

Il existe cependant quelques secteurs du droit que l'on pourrait qualifier de mixtes : c'est par exemple le cas du **droit pénal**, qui s'apparente au droit privé dans la mesure où il définit les relations interdites entre particuliers (par exemple, le vol ou les mauvais traitements infligés par des parents à leurs enfants), mais relève aussi du droit public puisqu'il détermine les poursuites et les peines qu'encourent les auteurs d'infractions. On ne l'abordera pas dans le cadre de cet ouvrage, qui est consacré au droit exclusivement public.

3. Les composantes du droit public

Ce droit comprend quatre branches principales.

1. Le droit constitutionnel

Celui-ci définit les règles relatives à l'**organisation et au fonctionnement de l'État**. Il précise ainsi le mode de désignation et les compétences respectives des autorités politiques (principalement le président de la République, le Parlement et le gouvernement), ainsi que les rapports qui s'établissent entre eux : par exemple, les conditions dans lesquelles l'Assemblée nationale peut renverser le gouvernement. Suivant la manière dont il organise ces rapports et les pouvoirs qu'il accorde respectivement au Parlement et au président de la République (ou à toute autre personne exerçant les fonctions de chef de l'exécutif, comme le Premier ministre en Grande-Bretagne), il détermine la nature du régime politique : celui-ci sera qualifié de *parlementaire* si les Assemblées peuvent renverser le gouvernement, de *présidentiel* si les pouvoirs législatif et exécutif sont indépendants l'un de l'autre.

Le droit constitutionnel détermine aussi le **domaine réservé à la loi**, considérée comme une norme de rang supérieur à celui des actes dits « administratifs » (en particulier les décrets pris par le gouvernement) parce qu'elle émane de parlementaires directement issus du suffrage universel. Et il fixe également le statut et les principales attributions d'autres organes jouant un rôle important dans la vie publique, comme le pouvoir judiciaire ou le Conseil constitutionnel.

Ce droit est principalement inscrit dans la **Constitution**, qui est la norme suprême et que les normes inférieures doivent respecter. Les textes constitutionnels commencent en général par un Préambule, qui pose des principes généraux tels que le caractère démocratique des institutions ou les libertés fondamentales reconnues aux citoyens et se réfère aux Déclarations des droits mentionnées ci-dessus. Dans de nombreux pays, le respect de cet ensemble de dispositions est assuré par une Cour constitutionnelle (en France, le Conseil constitutionnel) qui peut déclarer inapplicables les textes particuliers, y compris les lois, qui lui seraient contraires.

2. Le droit administratif

Il traite des **droits et obligations** des **autorités administratives**, c'est-à-dire le gouvernement (qui est un organe à la fois politique et administratif, mais n'est considéré ici que sous ce second aspect), les ministères et leurs services déconcentrés, les collectivités territoriales et les établissements publics (cette dernière catégorie comprend par exemple les universités et les hôpitaux). Il détermine la nature et le contenu des actes que ces organes peuvent édicter, chacun dans sa sphère d'attributions, la procédure suivant laquelle ces actes doivent être pris et la responsabilité qu'ils peuvent entraîner à l'encontre de leurs auteurs dans l'hypothèse où ceux-ci auraient contrevenu à ces règles. Il régit aussi les rapports que les autorités administratives entretiennent avec leurs agents et avec les citoyens, ainsi que les contrôles qui s'exercent sur elles.

S'il est moins élevé par son domaine d'intervention, ce droit est cependant celui qui a le **plus d'incidences** sur la vie quotidienne des citoyens, dans laquelle le fonctionnement des services publics joue un grand rôle : la durée du mandat des parlementaires, par exemple, n'influe pas au même degré sur les conditions d'existence individuelle que la bonne marche des services de santé ou de transport.

À la différence du droit constitutionnel, mais aussi du droit civil, le droit administratif ne figure **pas tout entier dans des textes**. Plus récemment apparu, il a longtemps résulté – et résulte encore en partie – de principes et de dispositions concrètes posés par les arrêts du Conseil d'État, qui est placé à la tête des juridictions chargées d'exercer le contrôle des activités administratives. Suivant la terminologie classique, c'est un droit plus **jurisprudentiel** : les règles relatives à la responsabilité des agents et des services, par exemple, ont été progressivement dégagées par les arrêts parce qu'il n'existait pas à l'époque de textes qui leur soient applicables.

3. Le droit des finances publiques

Il a un objet plus circonscrit et se subdivise en deux secteurs principaux. Le premier a trait au **budget de l'État** : des règles précises déterminent le mode et le calendrier d'élaboration de la loi annuelle de finances (et des éventuelles lois rectificatives), la nature des ressources et celle des charges obligatoires, l'équilibre qui doit s'établir entre les dépenses et les recettes. Le second secteur concerne le montant et les modalités de recouvrement des **impôts ou taxes** de toute nature qui peuvent être exigés des habitants. Ce droit est à la fois touffu et très technique. Il comprend des règles protectrices des contribuables, mais aussi des dispositions répressives à l'encontre de ceux d'entre eux qui ne s'acquitteraient pas de leurs obligations.

4. Le droit de l'Union européenne

C'est le plus récent. Il est né de la **construction de l'Union européenne**, qui a commencé par celle du Marché commun, et beaucoup de ses dispositions sont donc de nature économique : par exemple, toutes celles qui concernent les aides à l'agriculture ou la libre circulation des capitaux et des marchandises. Les traités ultérieurs (Maastricht, Amsterdam, Lisbonne) ont poussé très loin l'intégration des États membres : sont apparues des règles relatives à la réduction des déficits budgétaires, mais aussi à la police de l'immigration, à la protection de l'environnement et à l'action culturelle.

Dès l'origine, les traités – et la Cour de justice de l'Union européenne chargée de les faire respecter – ont posé en principe que le droit européen avait une force supérieure à celle des droits nationaux ; même les Constitutions doivent être modifiées lorsque l'une de leurs dispositions lui est contraire (certains États membres, y compris la France, n'ont pas toujours accepté volontiers cette conséquence). De plus, ce droit connaît une extension considérable et le phénomène n'est pas nouveau : en 1993, déjà, le Conseil d'État estimait que le nombre annuel des textes émanant de Bruxelles était supérieur à celui des textes nationaux (lois et décrets)[3] et depuis ce flux n'a fait que s'accroître. Il est tout aussi important par les conséquences qu'il induit : largement inspiré par le libéralisme économique, c'est lui qui a imposé, par exemple, la suppression des monopoles de service public dans les télécommunications, les transports aériens et la fourniture d'énergie (gaz, électricité…).

4. Les tendances de l'évolution

Le droit public interne aux États se caractérise depuis le siècle dernier par un approfondissement de son **caractère démocratique**. Le droit constitutionnel a connu des hauts et des bas suivant les régimes politiques qui se sont succédé : l'Empire et le régime de Vichy étaient marqués par l'autoritarisme et la régression des droits de l'homme ; les Républiques successives ont entraîné, au contraire, des progrès dans ces deux domaines. Il est acquis aujourd'hui, par exemple, que les gouvernants doivent émaner, directement ou indirectement, du suffrage universel, que la parité entre les femmes et les hommes doit être assurée dans les fonctions électives, que les juges doivent bénéficier d'un statut garantissant leur indépendance.

Par ailleurs, les droits dont jouissent les citoyens se sont accrus : aux **droits individuels** tels que la liberté d'expression ou l'égalité devant les charges publiques se sont d'abord ajoutés des **droits collectifs** comme le droit de grève et le droit d'association ; puis sont apparus ce que l'on appelle des **« droits-créances »**, c'est-à-dire la possibilité d'obtenir des prestations de la collectivité, principalement dans le domaine social : ainsi, la protection de la santé et l'assistance en cas de chômage ou de maladie. Certes, l'effectivité de ces prestations dépend en partie de la conjoncture économique : c'est le cas, par exemple, du droit d'obtenir un emploi qui est inscrit dans le préambule de la Constitution. Et l'édifice tout entier demeure soumis aux aléas de l'Histoire, en ce sens que l'avènement d'un régime totalitaire pourrait le mettre à bas, ou du moins lui imprimer de profondes fractures.

3. Conseil d'État, *Rapport public pour 1992*, La Documentation française, p. 16.

De même, le droit administratif était fondé à l'origine sur une inégalité foncière entre l'administration et les usagers : la première, parce que considérée comme dépositaire de l'intérêt général, bénéficiait à l'égard des seconds de pouvoirs appelés **« prérogatives de puissance publique »,** tels que celui de prendre des décisions immédiatement applicables et d'en assurer elle-même l'exécution forcée, les intéressés ne pouvant contester ces décisions qu'après coup. De plus, pour préserver les services d'éventuelles pressions, on admettait qu'ils devaient œuvrer dans le secret, c'est-à-dire sans informer les citoyens de leurs motifs, ni même de leurs projets. Cette situation fit progressivement l'objet de critiques de plus en plus vives, fondées sur le sentiment que la démocratisation des institutions politiques contrastait avec la persistance d'un autoritarisme administratif ; une série de réformes fut alors décidée.

La première en date fut la transposition aux décisions administratives des droits de la défense reconnus devant les tribunaux : les personnes à l'égard desquelles l'administration envisageait de prendre une sanction reçurent la possibilité d'accéder à leur dossier et de présenter des observations ; cette possibilité fut ensuite étendue à toutes les décisions défavorables, par exemple le retrait d'une autorisation. Plus tard, on admit que l'administration ne devait plus être une citadelle, mais une « maison de verre » : des lois adoptées à la fin des années 1970 autorisèrent de manière générale l'accès aux dossiers qu'elle détient (sous certaines réserves destinées à protéger le secret de la vie privée), et lui firent obligation de motiver ses décisions et d'indiquer les voies de recours ouvertes à leurs destinataires.

Parallèlement, se développèrent diverses formes d'**association des citoyens** à l'action administrative : par exemple, l'enquête publique préalable aux opérations d'urbanisme ou d'aménagement du territoire, la participation des locataires aux organes de gestion des offices publics d'HLM, de même que celle des élèves et de leurs parents aux conseils d'administration des collèges et des lycées. Et, de manière générale, les services se concertent davantage avec leurs usagers qu'ils ne le faisaient autrefois, par le biais d'enquêtes d'opinion et de consultations diverses.

Si l'on ajoute à ces diverses réformes l'approfondissement du contrôle exercé sur l'administration par les tribunaux, ainsi que l'apparition de médiateurs nationaux ou sectoriels chargés d'aplanir les difficultés que peuvent rencontrer les citoyens dans leurs rapports avec les services, on constate que la balance entre la position des premiers et des seconds s'est rééquilibrée : le pouvoir administratif n'a certes pas disparu, mais ses conditions d'exercice ont considérablement évolué.

***

À la suite des attentats qui ont endeuillé une partie des pays européens en 2015 et 2016, notamment la France (assassinat des journalistes de *Charlie Hebdo*, attentat contre le Bataclan, hécatombe de Nice, etc.), la Belgique et l'Allemagne, presque tous ont pris des mesures de sécurité qui restreignent les libertés publiques : proclamation de l'état d'urgence en France (voté en novembre 2015 pour six mois au Parlement, il a été prorogé plusieurs fois[4]) ; renforcement des effectifs de police, contrôles plus stricts aux frontières et dans les aéroports, suppression de certaines manifestations sur la voie publique, etc. Ainsi, la liberté de circulation en Europe, qui constituait une des grandes conquêtes des dernières décennies, est en partie remise en cause.

4. La démission du gouvernement Valls, le 6 décembre 2016, a entraîné de plein droit la fin de l'état d'urgence. Le 13 décembre 2016, l'Assemblée nationale a voté sa prolongation jusqu'en juillet 2017.

Partie I
Droit constitutionnel

Chapitre 1 Les notions fondamentales du droit constitutionnel

Chapitre 2 Les caractéristiques et l'évolution de la Constitution de 1958

Chapitre 3 Le président de la République

Chapitre 4 Le gouvernement

Chapitre 5 Le Parlement

Chapitre 6 Les autres organes constitutionnels

Le droit constitutionnel est, au sens large, celui de l'État : il définit la nature et les attributions de ses principaux rouages, ainsi que les rapports qui s'établissent entre eux. Il pose aussi les règles fondamentales de l'organisation politique et sociale du pays, c'est-à-dire le caractère plus ou moins démocratique de son régime et les droits que peuvent revendiquer les citoyens à l'égard des institutions. Il s'exprime le plus souvent à travers une Constitution écrite, que l'on peut considérer à la fois comme le statut et la charte de l'État : statut parce qu'elle en détermine les formes et le mode de fonctionnement, charte parce qu'elle lui impose des obligations.

Décrire les institutions actuelles de la France, c'est donc en grande partie exposer les dispositions de la Constitution du 4 octobre 1958. Mais c'est aussi décrire la vie de ce texte, autrement dit la manière dont il s'applique suivant les fluctuations électorales et les majorités parlementaires successives qui en résultent : les pouvoirs reconnus au président de la République, par exemple, ne s'exercent pas de la même manière ni surtout avec la même intensité selon qu'il dispose d'une majorité à l'Assemblée nationale ou que l'on soit en période de cohabitation (sur ce terme, voir page 33). En ce sens, l'analyse du droit constitutionnel doit être complétée par des éléments de *science politique*, discipline plus sociologique qui s'attache à décrire les réalités plutôt que les textes.

Pour apprécier la nature et le fonctionnement de nos institutions, il n'est pas inutile de se référer à leur évolution historique et aux exemples étrangers. Mais il est indispensable de retracer au préalable les notions fondamentales qui forment l'ossature du droit constitutionnel : ainsi la place dévolue au référendum ne peut-elle être appréciée que par rapport à l'idée de démocratie directe, de même que les prérogatives attribuées au gouvernement découlent de la nature plus ou moins parlementaire d'un régime. C'est à l'exposé de telles notions que sera consacré le premier chapitre de cette partie de l'ouvrage.

Chapitre 1
Les notions fondamentales du droit constitutionnel

Ces notions peuvent être regroupées sous deux rubriques principales. La première concerne l'objet du droit constitutionnel, c'est-à-dire l'État : comment le définir et quelles sont les formes principales qu'il peut revêtir ? La seconde a trait aux sources de ce droit, donc aux Constitutions : quelles sont les caractéristiques de ces textes et en quoi se différencient-ils des lois, censées être pareillement l'expression de la volonté générale ?

1. L'État

L'État est une réalité à la fois évidente et complexe. Évidente parce que tous les citoyens ont le sentiment d'en faire partie (même s'ils ne se reconnaissent pas toujours dans la politique qu'il mène) et parce qu'il constitue le fondement de la communauté internationale : l'ONU et l'Union européenne, par exemple, sont composées d'États membres, et chaque État a auprès des autres États une ambassade qui le représente et est dotée d'un statut d'exterritorialité[1].

Mais l'État est également une réalité complexe en ce sens qu'il doit combiner, pour exister et être reconnu en tant que tel, des éléments de nature différente. Et bien que tous les États aient en commun de réunir ces éléments, ils peuvent avoir des modes d'organisation qui les distinguent beaucoup les uns des autres : il existe ainsi des États démocratiques ou totalitaires, unitaires ou fédéraux, monarchiques ou républicains. On abordera successivement leurs traits communs et leurs principales différences.

1. Les éléments constitutifs de l'État

Ces éléments sont au nombre de trois.

a) Une population

C'est un groupe de personnes liées entre elles par des caractéristiques qu'elles partagent : il peut s'agir d'une origine ethnique, d'une langue ou d'une histoire commune, de convictions religieuses, de traditions culturelles ou autres qui font qu'elles se sentent appartenir à une même collectivité. L'apparition d'États fondés sur ce sentiment repose en général sur le volontarisme (le *« vouloir vivre ensemble »,* suivant l'expression de Renan) et ce sont habituellement les plus stables. Mais certains États ont – ou ont eu – un caractère plus artificiel, dans la mesure où leur création résulte de la volonté de pays extérieurs, souvent à la suite d'une guerre : des populations disparates, voire hostiles les unes aux autres, avaient été ainsi regroupées en État, comme en Yougoslavie, et d'autres, qui se considéraient comme un même peuple, avaient été au contraire séparées en États distincts, comme en Allemagne ; l'histoire récente a montré que ces constructions n'ont pas pour elles la durée.

b) Un territoire

Un espace sur lequel s'établir : c'est ce que revendiquaient les Juifs après des siècles de diaspora et de persécutions, et qui a abouti à la création de l'État d'Israël ; c'est aussi ce que réclament aujourd'hui les Palestiniens. Ce territoire, protégé par des frontières que le droit international déclare inviolables, peut être plus ou moins étendu : en Asie, par exemple, le Sri Lanka, avec moins de 66 000 kilomètres carrés, est un État au même titre que la Chine qui en compte près de dix millions ; ce qui importe, en effet, c'est que l'un et l'autre sont indépendants et bénéficient sur leur territoire des attributs de la souveraineté (décrits dans le paragraphe suivant).

c) Une organisation politique et juridique propre

C'est la manifestation de cette souveraineté. Sur son territoire, l'État est libre de s'organiser comme il l'entend et il dispose seul du pouvoir de recourir à la contrainte, qu'il s'agisse de lever les impôts, de rendre la justice ou de faire régner l'ordre. C'est l'État aussi qui crée le droit interne et conclut les accords internationaux. Il a la personnalité juridique, reconnue à l'intérieur comme à l'extérieur de ses frontières : il peut donc posséder un patrimoine, il a des droits et des devoirs à l'égard de ses ressortissants, et sa responsabilité est susceptible d'être mise en jeu. Il peut consentir des limitations – même importantes – à sa souveraineté, comme l'ont fait notamment les États membres de l'Union européenne ; mais, sauf en cas de circonstances exceptionnelles, comme une occupation militaire de son territoire par un autre État, ces limitations sont toujours librement consenties.

2. Les formes d'organisation des États

Les pouvoirs exercés dans le cadre de l'État peuvent être répartis de diverses manières, aussi bien entre ses composantes territoriales qu'entre lui et ses citoyens, ou encore

1. Cela signifie que l'immeuble dans lequel est installée l'ambassade est censé faire partie de l'État qu'elle représente et non de celui auprès duquel elle fonctionne, d'où la possibilité de demander le droit d'asile dans ses locaux.

entre ses gouvernants : il existe ainsi des États unitaires ou fédéraux, des systèmes privilégiant plus ou moins la démocratie représentative par rapport à la démocratie directe, et des régimes parlementaires ou présidentiels.

a) États unitaires et États fédéraux

- **L'État unitaire**

C'est celui dans lequel les citoyens ne sont soumis qu'à un **pouvoir central** et uniquement aux règles juridiques édictées par lui. Il n'existe qu'un Parlement et un gouvernement pour l'ensemble du pays, et les lois comme les décrets qu'ils adoptent sont applicables de la même manière sur tout le territoire. Historiquement, cette forme d'État a souvent été choisie par des régimes autoritaires, comme la monarchie française de l'Ancien Régime, car elle permettait d'affermir l'emprise du pouvoir royal ; mais elle a persisté à l'époque révolutionnaire parce qu'elle paraissait la mieux à même d'assurer l'égalité des citoyens devant la loi. Elle ne se rencontre plus, toutefois, à l'état pur, car l'étendue et la diversité des territoires nationaux, ainsi que l'hétérogénéité des besoins de la population, font qu'il n'est plus possible ni même souhaitable de tout régler à partir de la capitale. Deux correctifs ont donc été apportés au modèle[2].

Le premier est la **déconcentration**, qui laisse aux organes centraux le pouvoir de fixer les règles générales, mais accorde compétence à des autorités locales dépendant d'eux pour en déterminer les modalités d'application ou régler directement les questions mineures : suivant les cas, il peut s'agir de personnalités telles que les préfets ou les recteurs d'académie, des services locaux des ministères, ou même de responsables d'établissements publics comme les lycées et collèges. Cette démultiplication des attributions a l'avantage d'éviter les retards, de permettre une adaptation plus satisfaisante des décisions aux particularités des cas individuels ou aux circonstances spécifiques, et de ne pas constituer un risque important pour l'unité de l'État puisque les autorités déconcentrées demeurent soumises au **contrôle du pouvoir central**.

Le second correctif est la **décentralisation**, qui remet une partie des pouvoirs à des entités locales (en France métropolitaine : la commune, le département et la région) placées sous l'autorité de dirigeants élus par les habitants. Ces entités sont dotées de la personnalité morale, disposent de ressources propres et peuvent déterminer des politiques spécifiques dans leur ressort territorial, par exemple pour l'emploi, les transports collectifs ou la culture. Leurs attributions sont définies par la loi ou la Constitution, mais cette définition est parfois très générale *(« Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune »*, dit ainsi la loi du 5 avril 1884, dont les dispositions modifiées sont maintenant reprises dans le Code général des collectivités territoriales). De plus, le contrôle exercé sur la mise en œuvre de ces attributions par les préfets, qui représentent le pouvoir central, s'est largement atténué.

La décentralisation est en effet considérée comme une composante essentielle de la **démocratie locale**, ayant donc autant de vertus politiques que d'avantages techniques. Certains pays européens, comme l'Italie ou l'Espagne, l'ont poussée très loin. La France est moins avancée sur cette voie, d'abord en raison de son souci traditionnel d'égalité des citoyens sur l'ensemble du territoire, ensuite par crainte de l'émergence de contre-pouvoirs trop puissants ; mais l'évolution favorable à l'accroissement de l'autonomie locale, notamment depuis 1982[3], se fait sentir, et le gouvernement issu des élections législatives de 2002 a fait adopter, le 17 mars 2003, une loi de révision constitutionnelle allant plus loin en affirmant le caractère « décentralisé » de la République française (art. 1er de la Constitution).

- **L'État fédéral**

C'est une **superposition d'entités** qui ont, toutes, certains attributs de la souveraineté. La Fédération seule constitue un État au sens plein du terme, dans la mesure où elle conserve le monopole des relations internationales et celui de l'émission de la monnaie. Mais les entités fédérées ont leur parlement, leur gouvernement et leur Constitution propres. Le nom de ces entités varie (*States* aux États-Unis, *Länder* en Allemagne, *cantons* en Suisse, *provinces* au Canada, par exemple), mais leur degré d'autonomie est relativement voisin. Il est toujours déterminé par la Constitution fédérale, qui ne peut être modifiée sur ce point sans leur accord, et qui tantôt énumère les compétences qui leur sont conférées, tantôt dresse seulement la liste de celles qui reviennent à la Fédération.

Le fédéralisme ajoute donc des pouvoirs politiques aux compétences concédées par la décentralisation. Les entités fédérées peuvent adopter des lois et ont leurs propres tribunaux chargés de les faire appliquer – ce qui explique, notamment, qu'aux États-Unis la peine de mort soit usitée dans certains États, mais pas dans d'autres. Elles participent aussi en tant que telles au pouvoir législatif de la Fédération, qui pratique presque toujours le **bicaméralisme**, l'une des deux chambres du Parlement étant composée de manière à les représenter[4]. La dualité des sources de droit pose cependant des problèmes dans la mesure où l'une des entités pourrait empiéter sur les pouvoirs réservés à la Fédération, ou contrevenir dans sa législation à des principes posés par la Constitution fédérale qui doivent s'appliquer sur l'ensemble du territoire. C'est pourquoi les États fédéraux ont presque tous une Cour constitutionnelle chargée de veiller au respect de la répartition des compétences : ainsi, aux États-Unis, la Cour a interdit en 1954 la ségrégation raciale pratiquée dans les écoles par les États du Sud parce qu'elle l'a jugée contraire au principe « *d'égale protection des lois* » posé par la Constitution fédérale.

Le système fédéral présente l'avantage de **préserver l'identité** des entités fédérées, qui sont souvent composées de populations ayant des caractéristiques ethniques, linguistiques ou culturelles spécifiques. Mais il a l'inconvénient de **morceler des politiques** qui devraient, pour être pleinement efficaces, s'appliquer à grande échelle : par exemple

2. On en verra les principales applications dans la deuxième partie de l'ouvrage, consacrée au droit administratif.

3. Les « lois Defferre », adoptées à cette époque, ont à la fois accru le nombre des compétences dévolues aux collectivités territoriales et desserré l'emprise de la tutelle qu'exerçaient les préfets sur ces collectivités.

4. Aux États-Unis, par exemple, le Sénat est composé de deux représentants de chacun des États fédérés, quelle que soit leur population respective.

dans le domaine économique, car les systèmes modernes de production, de distribution et d'échanges impliquent de grands espaces, ou encore dans celui du développement s'agissant des pays les moins avancés. C'est pourquoi on note assez souvent une tendance des Fédérations à minimiser la portée des compétences, reconnues en principe sans partage, aux entités fédérées. L'évolution est ainsi inverse de celle que l'on constate en matière de décentralisation, et un fédéralisme qui s'atténue finit par s'apparenter à une décentralisation très accentuée.

b) Souveraineté nationale et souveraineté populaire

- **La souveraineté populaire**

L'idéologie de la Révolution de 1789 se fondait en grande partie sur la théorie du **contrat social** formulée par Rousseau. Si les individus composant le peuple ont accepté de renoncer à une partie de leur liberté pour vivre en société, c'est à condition de recevoir de celle-ci des contreparties améliorant leurs conditions d'existence. Et sur le plan de l'organisation politique, ils ont admis de se soumettre à la volonté générale, mais sous réserve de prendre part à sa formation. La conséquence logique en est que chacun a le droit de participer à l'élaboration et à l'adoption des lois : c'est ce que l'on appelle la souveraineté populaire.

Séduisante dans son principe, cette forme d'organisation se heurte cependant à un obstacle pratique : elle n'est applicable que dans les collectivités de petites dimensions et (si l'on excepte les référendums communaux) elle n'a jamais été utilisée, en fait, que dans quelques cantons suisses. Par ailleurs, malgré leurs idées très progressistes, les révolutionnaires n'admettaient pas que le suffrage soit totalement universel : ils n'envisageaient naturellement pas d'y faire participer les enfants, mais ils en excluaient aussi les femmes, ainsi que ceux des citoyens qui ne paraissaient pas avoir une éducation ou une formation civique suffisantes, c'est-à-dire ceux qui n'étaient pas assujettis à l'impôt[5]. La conception de *l'électorat-droit* fut ainsi abandonnée au profit de celle de *l'électorat-fonction*. Dans le même temps, la démocratie représentative prit le pas sur la démocratie directe, et l'une et l'autre évolutions entraînèrent la substitution de la souveraineté nationale à la souveraineté populaire.

- **La souveraineté nationale**

Selon la logique de la souveraineté nationale, le pouvoir émane pareillement du peuple, mais celui-ci est considéré de manière abstraite et non plus concrète : il se trouve en effet incarné dans la nation. Comme on l'a vu plus haut à propos de l'État, la **nation** est une **personne morale** distincte de la somme des individus qui la composent à un moment donné, et elle est juridiquement organisée : son statut résulte de la Constitution et elle exprime sa volonté par l'intermédiaire de **représentants**. Ceux des représentants qui sont directement élus par les citoyens, en particulier les députés, personnifient la nation tout entière et non pas la circonscription dans laquelle ils se sont présentés. Les électeurs ne peuvent leur enjoindre de se prononcer dans un sens déterminé à propos d'une question particulière, si importante qu'elle puisse leur paraître : le mandat qu'ils leur confèrent n'est pas impératif. Et le référendum législatif ne saurait être admis, excepté lorsque la Constitution le prévoit expressément – ce qu'elle faisait rarement jusqu'à une époque récente.

Aujourd'hui, en effet, les notions de souveraineté nationale et de souveraineté populaire se sont quelque peu rapprochées, au moins dans la pratique. D'une part, les représentants du peuple (le président de la République aussi bien que les députés) rédigent avant les élections des professions de foi indiquant les mesures qu'ils entendent prendre lorsqu'ils seront au pouvoir. Si certaines de ces mesures sont relativement peu précises (relancer l'économie, par exemple), d'autres ont un contenu nettement défini[6] et incitent leurs auteurs à tenir leurs engagements s'ils souhaitent se représenter devant les électeurs.

D'autre part, les parlementaires ont pris l'habitude de se soucier plus particulièrement des habitants de leur circonscription, dont ils se font souvent les porte-parole auprès des services administratifs centraux et locaux, et l'on parle désormais couramment du député de telle ou telle grande ville – surtout s'il en est en même temps le maire.

Enfin, le **référendum** entre progressivement dans la vie politique : il était prévu pour l'adoption ou les révisions de la Constitution ; il a ainsi été introduit dans le domaine législatif en 1958, puis élargi en 1995 à des « *réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la Nation et aux services publics qui y concourent*[7] ». Selon l'article 11, c'est le président de la République qui décide de l'organisation d'un référendum, sur proposition soit du gouvernement, soit des deux Assemblées. Huit référendums ont été organisés selon la première procédure, dont quatre sous de Gaulle. Le Sénat a voté quatre motions référendaires repoussées par l'Assemblée nationale (par exemple, sur la loi Savary concernant l'enseignement privé en 1984 ou la réforme des régions en 2014). L'Assemblée nationale n'en a voté aucune, rejetant par exemple des propositions socialistes concernant le traité de Lisbonne en 2004 (voir p. 206) ou la réforme des retraites en 2008. La **révision constitutionnelle** de 2008 a introduit une nouvelle possibilité de référendum, dans l'initiative duquel les citoyens jouent un certain rôle. Deux lois du 6 décembre 2013 fixent les conditions d'application de cette disposition. S'agissant des « réformes » mentionnées ci-dessus, un cinquième des membres du Parlement a désormais le

5. Ce type de suffrage, dénommé censitaire (le cens étant l'impôt direct de l'époque), aboutissait ainsi à distinguer les citoyens actifs, qui participaient pleinement à la vie politique, des citoyens passifs, qui n'avaient pas le droit de vote ; on estimait que les premiers, parce que de condition plus aisée, pourraient consacrer une part de leur temps à l'examen et à la gestion des affaires publiques.

6. Ainsi l'abolition de la peine de mort dans le programme de François Mitterrand, en 1981, ou la réduction de 5 % par an du montant des impôts dans celui de Jacques Chirac, en 2002.

7. Cette disposition a été incluse dans la Constitution en 1995, le mot « environnemental » ayant été ajouté en 2008, mais elle n'a encore jamais été mise en application. La révision constitutionnelle intervenue en mars 2003 a étendu par ailleurs le domaine du référendum aux questions touchant à l'organisation et aux compétences des collectivités territoriales ; la décision d'organiser un tel référendum appartient à ces collectivités, mais il n'en est pas non plus d'exemple, excepté dans un très petit nombre de communes (voir p. 87).

droit de prendre cette initiative, sous la forme d'une proposition de loi, qui doit être soutenue par un dixième au moins des électeurs inscrits (soit environ quatre millions et demi de personnes, ce qui est considérable), et ne peut tendre à abroger une disposition législative promulguée depuis moins d'un an. Dans l'hypothèse où les signatures sont réunies, la proposition revient devant le Parlement, qui peut l'adopter ou la rejeter dans un délai que la loi organique du 6 décembre 2013 fixe à douze mois ; à défaut de cet examen – hypothèse assez peu vraisemblable –, le président de la République la soumet au référendum. Au début comme au terme de la procédure, la volonté des citoyens est donc strictement encadrée par le Parlement, et l'on est loin du *référendum d'initiative populaire* tel que le connaissent, par exemple, l'Italie ou la Suisse[8]. On préfère d'ailleurs parler en France de référendum d´initiative partagée. Au total, la France vit dans un système quelque peu hybride, ce que traduit bien l'article 3 de la Constitution aux termes duquel *« la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum »*.

c) Les modes de répartition des pouvoirs

Il faut distinguer d'une part selon que les pouvoirs sont séparés ou confondus, d'autre part selon le caractère parlementaire ou présidentiel du régime.

- **Confusion ou séparation des pouvoirs**

On a longtemps confondu les trois fonctions principales de l'État – faire la loi, assurer sa mise en œuvre, rendre la justice – et donc les trois pouvoirs correspondants : **législatif, exécutif et judiciaire**. Sous l'Ancien Régime, ces pouvoirs étaient presque entièrement concentrés entre les mains du monarque, qui édictait les règles générales (dénommées à cette époque « ordonnances » ou « édits »), et prenait ou faisait prendre par ses ministres des actes individuels adoptés ou non en application de ces règles. Pratiquement illimitée, puisque la notion de droits de l'homme n'avait pas encore été dégagée, sa puissance était aux yeux de l'opinion symbolisée par les « lettres de cachet » qui permettaient d'emprisonner les opposants à la Bastille : il s'agissait là d'un régime dit de confusion des pouvoirs.

C'est contre cet absolutisme royal que le « siècle des Lumières » entendit réagir. Rousseau, on l'a vu, considérait que la loi, expression de la volonté générale, ne pouvait émaner, directement ou indirectement, que du souverain, c'est-à-dire **du peuple ou de ses représentants**. Mais s'il réservait au législateur le pouvoir de fixer les règles applicables à l'ensemble de la collectivité, il ne lui accordait pas celui d'adopter des décisions particulières *(« Toute fonction qui se rapporte à l'objet individuel n'appartient point à la puissance législative »)*.

Cette séparation entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif fut théorisée par Montesquieu, qui y voyait le moyen de lutter contre le despotisme et l'arbitraire, car les autorités auxquelles étaient respectivement confiés les deux types de compétence ne pouvaient rien faire l'une sans l'autre : *« Le pouvoir arrête le pouvoir »,* écrivait-il dans une formule célèbre qui n'a pas perdu son actualité, puisque l'on parle souvent aujourd'hui de contre-pouvoirs. Les auteurs de la Déclaration de 1789 la reprirent à leur compte, dans l'article 16 de leur texte : *« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »* – le mot Constitution étant entendu ici dans son double sens de protection et d'organisation.

- **Régime parlementaire et régime présidentiel**

Dans la plupart des pays, par la suite, le pouvoir législatif fut réservé à des assemblées élues, car l'idée même de régime démocratique paraissait l'imposer ; le pouvoir exécutif, considéré comme conditionné par le premier, revenait à des autorités non issues du suffrage universel, comme les monarques, ou n'en émanant qu'indirectement, comme de nombreux chefs de gouvernement. Le **régime parlementaire**, dans lequel les assemblées jouent le rôle principal et où le gouvernement est responsable devant elles, incarna cette évolution et fut très largement adopté en Europe.

Mais il ne constitue pas pour autant un modèle universel. Certains pays lui ont en effet préféré un système dans lequel les pouvoirs législatif et exécutif ont une dignité équivalente, et sont simplement encadrés par un système strict de séparation des attributions. C'est notamment le cas des États-Unis, dont la Constitution est demeurée inchangée sur ce point depuis plus de deux siècles : de même que les membres des deux chambres du Congrès (Sénat et Chambre des représentants), le président est élu et il dispose de pouvoirs aussi étendus qu'elles. Mais la Constitution a soumis leurs rapports à un système de freins et de contrepoids réciproques *(« checks and balances »)* qui les contraint à coopérer.

Dans ce régime, souvent dénommé **présidentiel**, le président n'a pas l'initiative des lois, qui est réservée aux membres du Congrès (il peut cependant, bien que cette procédure n'ait rien d'officiel, demander à un parlementaire appartenant à sa tendance politique de déposer un projet de loi dont le vote lui paraît utile et qu'il a souvent lui-même préparé). Il n'a pas non plus le pouvoir de dissoudre le Congrès et dépend largement de lui pour la mise en œuvre de sa politique : c'est en effet le Congrès qui adopte le budget, et le président n'a pas les moyens de s'opposer à ce que les parlementaires refusent des dépenses qu'il a proposées. De plus, les nominations de maints hauts fonctionnaires doivent avoir l'aval du Sénat et il n'est pas rare que celui-ci contredise les choix du président.

À l'inverse, le président ne peut être renversé par le Congrès[9] et a le droit d'opposer son veto aux lois qui ont été votées (disposition qui peut paraître paradoxale, puisque l'initiative des lois lui est interdite). Ce système porte en germe de

8. On relèvera, par ailleurs, que le domaine du référendum prévu par la révision constitutionnelle de 1995 pour autoriser la ratification d'un traité relatif à l'adhésion d'un État à l'Union européenne a été réduit : il n'est plus obligatoire aujourd'hui lorsque le Parlement autorise, à la majorité des trois cinquièmes de ses membres, que la ratification soit votée par le Congrès (c'est-à-dire les deux Chambres réunies), également à la majorité des trois cinquièmes.

9. Excepté en vertu de la procédure très spécifique et exceptionnelle de l'*impeachment*, prévue par la Constitution en cas de manquement grave du président aux devoirs de sa fonction. C'est parce qu'une telle procédure avait été engagée contre lui, à la suite de l'affaire du Watergate, que Richard Nixon démissionna en 1974, lorsqu'il se rendit compte que sa destitution devenait inévitable.

nombreuses occasions de conflits, surtout lorsque le président et la majorité parlementaire n'appartiennent pas au même parti. Il fonctionne, cependant, en partie sans doute parce que le pays manifeste un attachement profond pour sa Constitution, en partie aussi parce qu'il est organisé sur une base fédérale et que de nombreuses questions ne sont donc pas traitées dans le cadre de la Fédération.

À l'opposé de ce système, on trouve les régimes **parlementaires** dans lesquels les assemblées disposent de la **prééminence** par rapport à l'exécutif. Le modèle originel en fut tracé par la Grande-Bretagne, où un dicton affirmait que le Parlement pouvait tout faire, excepté changer un homme en femme. En France, la Constitution de la IVe République (en 1946) mit en place un système voisin. La volonté unanime de rétablir la démocratie après l'occupation allemande et le régime de Vichy conduisit à donner à l'Assemblée nationale un pouvoir législatif dont le domaine était pratiquement illimité, ainsi qu'une influence très forte sur la vie et la mort des gouvernements : ceux-ci devaient, pour être constitués, recueillir un **vote de confiance** de l'Assemblée, et se trouvaient renversés dès lors qu'elle émettait à leur égard un vote de défiance – ce qui se produisait fréquemment, d'où une instabilité ministérielle qui n'allait pas sans de sérieux inconvénients pour la conduite des affaires.

Ce parlementarisme exacerbé, parfois dénommé « régime d'assemblée », ne résista pas à l'évolution des missions de l'État, née de l'interventionnisme économique et de la nécessité de reconstruire le pays après la guerre. Les mesures que ces nouvelles tâches imposaient d'adopter devaient être prises rapidement et par des autorités techniquement compétentes, donc plutôt par le gouvernement assisté de ses services et de ses experts que par le Parlement, dont les membres sont moins professionnels et les procédures moins rapides. Différentes techniques apparurent alors pour instaurer un **« parlementarisme rationalisé »** : délégations de pouvoir accordées par le Parlement au gouvernement pour légiférer par voie d'actes dits *décrets-lois*, votes de défiance rendus plus difficiles par l'exigence de la majorité absolue, interdiction faite aux parlementaires d'adopter des mesures ayant pour effet une diminution des ressources publiques. Ces techniques (ainsi que d'autres sur lesquelles nous reviendrons dans le chapitre 5) étaient déjà inscrites dans la Constitution, mais l'attachement à la prééminence du Parlement demeurait vivace, et s'opposait à ce qu'elles soient fréquemment utilisées.

Elles furent cependant reprises et complétées dans un sens favorable à l'exécutif par la Ve République : l'influence de son fondateur, le général de Gaulle, fut à cet égard déterminante.

La Constitution de 1958 opéra tout d'abord une **réforme** drastique du **domaine législatif** : le Parlement perdit en effet sa traditionnelle plénitude de compétence pour ne se voir attribuer que certains secteurs limitativement énumérés, les autres relevant du pouvoir réglementaire, c'est-à-dire du gouvernement. Elle supprima aussi l'obligation du vote d'investiture requis pour la formation du gouvernement, institua la procédure dite du *vote bloqué*, qui interdit aux parlementaires d'adopter des amendements non acceptés par le gouvernement, et rendit plus facile la *dissolution* de l'Assemblée nationale, alors que le vote par celle-ci d'une motion de censure à l'encontre du gouvernement devenait, au contraire, plus difficile.

Si l'on ajoute à cette évolution le fait que le **président de la République** est, depuis 1962, élu lui aussi au **suffrage universel** et bénéficie donc d'une légitimité analogue à celle de l'Assemblée nationale, il devient clair que le régime n'est plus parlementaire au sens plein – ou originel – du terme. Et il n'est pas inintéressant de relever, car la terminologie est toujours révélatrice, qu'on ne parle plus du pouvoir exécutif, mais du *pouvoir gouvernemental* : le président et le gouvernement bénéficient en effet de pouvoirs au moins équivalents à ceux du Parlement et qui, surtout, ne leur sont ni délégués par lui, ni uniquement destinés à assurer la mise en œuvre des lois.

Pour conclure ce rappel des différents modes de répartition des pouvoirs, une dernière observation doit être faite. Du point de vue des idéaux démocratiques, il est relativement indifférent, aujourd'hui, que l'État soit **monarchique ou républicain**. Les souverains actuels sont pour la plupart aux antipodes de l'absolutisme, comme on peut le voir, par exemple, en Grande-Bretagne et en Suède, où le véritable chef de l'exécutif est un Premier ministre issu d'une majorité parlementaire régulièrement élue, la royauté ne conservant qu'un rôle symbolique ou d'apparat. À l'inverse, il existe des Républiques qui ne sont que des façades au regard de la souveraineté populaire et des droits de l'homme : dans les anciennes « démocraties populaires » de l'Est, le pouvoir réel appartenait au parti communiste et, dans certains États d'Afrique ou d'Amérique latine, souvent à la suite d'un putsch, il se fonde sur les forces armées, les élections n'étant qu'un trompe-l'œil.

2. La Constitution

La Constitution est la **norme la plus haute** de l'État : c'est d'elle que procèdent, au moins en principe, l'agencement des pouvoirs publics mais aussi les fondements de la politique générale qu'ils doivent suivre. Symboliquement et juridiquement, elle joue donc un rôle prééminent. De ce postulat découlent toutefois deux questions. La première est conceptuelle : pourquoi adopte-t-on une Constitution alors que la loi et un exercice démocratique du pouvoir pourraient théoriquement suffire à atteindre les objectifs qu'elle fixe ? La seconde est d'ordre pratique : dès lors que ce texte existe, comment en faire assurer le respect par les autorités politiques, en particulier le Parlement ?

1. La nature de la Constitution

Schématiquement, on pourrait dire que la Constitution est l'**acte fondateur** d'un État ou d'un régime. Les États qui se créent en édictent une pour marquer à la fois leur existence et leur identité, ceux qui changent de système politique font de même pour affirmer la rupture avec le système précédent. Comme exemples du premier cas, on peut citer les États nés de la décolonisation ; le second est illustré par l'Allemagne d'après 1945 et, plus récemment, par les anciennes démocraties populaires.

La Constitution possède en effet une **triple signification** : elle est tout ensemble un symbole, une éthique et une sorte de « casting » politique. Symbole dans la mesure où elle incarne une nation et les traits par lesquels celle-ci entend se caractériser, à l'intérieur comme à l'extérieur de ses frontières. Éthique parce qu'elle fait toujours de l'État ce que l'on appelle un État de droit, au sens où le pouvoir n'y est pas exercé de manière arbitraire, mais conformément à des règles connues que les autorités publiques s'engagent à respecter et dont les citoyens ont la possibilité de se prévaloir : les fondements de ces règles sont souvent contenus dans un Préambule s'exprimant avec une certaine solennité. Et si l'on peut utiliser la métaphore du « casting », c'est parce que la Constitution détermine les grandes fonctions que l'État doit assumer et les organes qui en sont respectivement chargés. Ces règles sont posées dans les chapitres les plus techniques du texte, mais ont une importance bien plus grande qu'un organigramme assorti de règles procédurales : l'ordonnancement qui en résulte détermine largement, en effet, la nature du régime. Il n'est pas indifférent, par exemple, du point de vue de la démocratie, que les Assemblées élues jouent ou non un rôle efficace, ni que les autorités judiciaires soient dotées d'une indépendance suffisante ou placées sous la coupe de l'exécutif.

En tant que telles, les premières Constitutions sont apparues au XVIIIe siècle[10]. Il existait parfois auparavant des principes coutumiers : par exemple, dans la France de l'Ancien Régime, les *« lois fondamentales du royaume »*, dont l'une au moins (la loi *salique*, qui excluait les femmes de la succession au trône) a joué historiquement un grand rôle. Il existait aussi, dans certains pays, des textes solennels reconnaissant des droits aux habitants ou à des collectivités : ainsi, en Angleterre, la *Magna Carta* (Grande charte), promulguée en 1215 par Jean sans Terre et, plus tard, le *Bill of Rights* (Pétition des droits) de 1689, qui posait notamment le principe, toujours en vigueur, de l'*habeas corpus*[11]. Mais les premières Constitutions modernes, c'est-à-dire contenant tous les éléments mentionnés plus haut, datent de la **période révolutionnaire** : les États-Unis adoptèrent la leur en 1787, la France fit de même en 1791.

Plus tard, le mouvement gagna progressivement l'ensemble des nations et peut être considéré aujourd'hui comme universel : souvent dénommé « constitutionnalisme », il touche même les organisations internationales, en particulier l'Union européenne qui, après s'être dotée d'une Charte des droits fondamentaux à la fin de l'année 2000, avait élaboré un projet de Constitution qui ne put aboutir[12]. La seule exception notable est la Grande-Bretagne qui n'a pas de Constitution écrite, sans doute en raison de sa tradition séculaire de droit coutumier.

L'une des raisons de ce mouvement est le besoin ressenti, après la chute du nazisme en 1945, de réaffirmer avec force les **libertés individuelles et collectives** et de les préserver des atteintes que pourrait leur porter un régime autoritaire. Sans doute les Constitutions ne sont-elles pas des remparts inexpugnables, et certaines servent d'alibi ou de façade à des régimes peu soucieux des droits de l'homme. À l'inverse, l'exemple britannique démontre qu'un pays peut se conformer aux principes démocratiques sans avoir de Constitution écrite. Mais la croyance dans les effets bénéfiques d'un tel texte ne faiblit pas, au contraire. Le sentiment prévaut généralement, dans l'opinion publique comme parmi les juristes, que la proclamation solennelle de droits aide à les faire connaître et respecter, voire à leur permettre d'émerger. Par ailleurs, une **répartition claire** des pouvoirs entre les autorités politiques aide aussi à ce que les règles du jeu soient respectées lorsque des risques de conflits ou d'empiétements se font jour : en France, par exemple, c'est Constitution en main que le président de la République et le Premier ministre vivent les périodes de *cohabitation*. Enfin, les Constitutions écrites prévoient toujours les conditions dans lesquelles elles peuvent être révisées et la procédure qui devra être suivie pour ce faire : ces dispositions garantissent aux citoyens que les gouvernants du moment ne pourront en modifier le contenu à leur gré.

2. L'adoption et la révision des Constitutions

Parce qu'elles fixent l'organisation des sociétés, les Constitutions sont adoptées de façon **solennelle**, c'est-à-dire par le peuple ou par des représentants qu'il a spécialement mandatés à cet effet. En 1791, c'est la seconde solution qui fut choisie : une Assemblée constituante élue élabora le projet et le vota elle-même. En 1946, pour fonder la IVe République, on préféra une formule mixte : une Assemblée analogue prépara le projet, mais celui-ci fut ensuite adopté par voie de référendum. Et la Constitution actuelle ne fut pas rédigée par une Assemblée élue, mais par un groupe de travail composé de hauts fonctionnaires ; soumis ensuite à un comité consultatif comprenant des parlementaires et des personnalités nommées par le gouvernement, le texte fut adopté par le conseil des ministres, puis soumis au référendum.

La **révision** obéit à des principes analogues mais conçus de manière moins stricte : si le vote populaire est parfois requis, il coexiste généralement avec la possibilité de faire adopter le texte par les assemblées législatives existantes, sous réserve qu'elles se prononcent en sa faveur à une forte majorité. Cette procédure allégée s'explique par le fait que les révisions sont souvent limitées dans leur objet et qu'elles interviennent la plupart du temps en période calme ; l'adoption d'une Constitution nouvelle, au contraire, résulte d'événements plus graves, qui entraînent parfois un changement de régime et justifient qu'on recoure à des procédures astreignantes.

Cela ne signifie pas pour autant que réviser la Constitution soit aussi aisé que modifier une loi : s'il en était ainsi, le principe de suprématie serait battu en brèche, puisqu'un Parlement désireux d'adopter une loi contraire à la Constitution n'aurait qu'à réviser celle-ci au préalable pour faire passer son projet. Presque toutes les Constitutions

10. Dans l'Antiquité, certaines cités grecques ou romaines avaient élaboré des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics, mais il ne s'agissait pas de Constitutions au sens plein du terme.

11. Ce principe interdit d'arrêter ou de juger une personne sans qu'elle ait été *« admise à se défendre dans une procédure régulière »*.

12. Adopté par de nombreux États membres, ce projet n'a pu aboutir en raison des référendums négatifs intervenus en France et aux Pays-Bas (voir page 206).

sont dites **rigides**, en ce sens que leur modification est soumise à des conditions destinées à éviter les décisions hâtives ou néfastes. Il est parfois prévu qu'une révision du texte ne pourra intervenir que longtemps après son adoption : la Constitution de 1791, par exemple, imposait un délai de dix ans[13]. Plus fréquemment, sont imposées des conditions de majorité qualifiée (par exemple, les deux tiers des voix dans chacune des assemblées ou dans la réunion de celles-ci en Congrès) ou bien l'adoption du projet par voie de référendum. Il arrive aussi que toute révision soit interdite pendant les périodes au cours desquelles la paix civile n'est pas assurée : c'est le cas en France *« lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire »* (article 89 de la Constitution actuelle). Et il n'est pas exceptionnel que la Constitution fasse échapper à la révision certaines de ses dispositions qu'elle juge particulièrement importantes : ainsi en est-il en France, depuis 1946, pour la forme républicaine du gouvernement.

Si contraignantes qu'elles paraissent, ces règles n'empêchent pas que les révisions soient relativement **fréquentes**. Il est d'ailleurs sain qu'elles puissent l'être : les sociétés évoluent rapidement, et on peut juger plus sage d'adapter sur certains points un texte dont l'esprit et les dispositions principales recueillent toujours l'assentiment populaire que de laisser ce texte devenir obsolète, pour en adopter finalement un autre dans un climat politique et social qui ne serait pas nécessairement serein. Ainsi la Constitution initiale des États-Unis est-elle toujours en vigueur, mais après été modifiée ou complétée par vingt-sept amendements relativement importants[14].

La France représente un cas particulier : elle a une **histoire** constitutionnelle **très mouvementée**, puisque quinze Constitutions y ont été successivement adoptées. Le texte actuel est demeuré relativement stable pendant une trentaine d'années, mais a subi depuis lors d'assez fréquentes révisions : on en compte dix-neuf depuis 1992, dont certaines sont dues à la progression des idées (par exemple, l'institution de la parité entre les hommes et les femmes pour les mandats électoraux) et d'autres, plus nombreuses, résultent des incidences de la construction européenne. L'avant-dernière révision est intervenue le 23 février 2007 : elle a eu notamment pour objet de modifier les règles relatives à la responsabilité du président de la République, et d'inscrire dans la Constitution l'abolition de la peine de mort qui avait été votée par le Parlement après le changement de majorité intervenu en 1981. La dernière, dite de *« modernisation des institutions de la Cinquième République »,* a été adoptée le 21 juillet 2008[15] et promulguée le 23 ; elle concerne des questions aussi diverses que la limitation à deux du nombre de mandats consécutifs d'un même président, le référendum, le droit de grâce, la présentation des projets de loi, les langues régionales, etc. Au total, plus de quarante articles de la Constitution de 1958 ont été modifiés ou ajoutés ; et, par le jeu des révisions successives, sur les 89 articles du texte actuel (souvent complétés par de nouveaux alinéas), bien peu demeurent dans leur état originel.

3. Les normes d'application de la Constitution

Les Constitutions ne peuvent régler dans le détail tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics. Elles sont donc complétées sur divers points par des textes spéciaux : en France, il s'agit des lois organiques et des règlements intérieurs des assemblées parlementaires.

a) Les lois organiques

Votées par le Parlement, elles sont prévues par la Constitution dans des **domaines importants**, mais limitativement énumérés : elles ne peuvent donc intervenir en dehors de ce champ. Ce sont des lois organiques qui ont précisé, notamment, les conditions d'élection du président de la République (y compris en ce qui concerne l'âge requis), les incompatibilités parlementaires, l'organisation du Conseil constitutionnel et du Conseil supérieur de la magistrature (sur ces deux institutions, voir chapitre 6).

Ces lois, en raison de leur objet, sont soumises à une **procédure** d'adoption **plus contraignante** que celle des lois ordinaires : si les délais de discussion et d'adoption sont désormais les mêmes, le texte voté par les Chambres doit obligatoirement être soumis à l'examen du Conseil constitutionnel. L'Assemblée nationale dispose, comme pour les lois ordinaires, d'une prééminence par rapport au Sénat, car si les deux Chambres ne parviennent pas à s'accorder sur un texte, le gouvernement peut demander à l'Assemblée de l'adopter en dernière lecture à la majorité absolue de ses membres. Cette procédure n'est pas applicable, toutefois, aux lois organiques relatives au Sénat, qui ne peuvent être adoptées qu'avec l'accord de celui-ci et protègent donc son statut.

L'autorité de ces lois est intermédiaire entre celle de la Constitution et celle des lois ordinaires : elles ne doivent pas contredire la Constitution, mais les lois ordinaires ne peuvent ni les modifier, ni comporter des dispositions qui leur seraient contraires.

b) Les règlements intérieurs des assemblées

Ce sont des normes un peu particulières. Ils sont en effet propres à chaque assemblée et n'ont pas valeur législative. Ils jouent cependant un rôle important dans la mesure où ils précisent les conditions de fonctionnement de cette assemblée, notamment pour l'examen et le vote des lois : ils déterminent, par exemple, les modalités du travail en commission, le rôle du bureau, les temps de parole accordés aux parlementaires au cours des débats.

13. Cette disposition est toutefois restée lettre morte car la Révolution s'est poursuivie et a rendu caduc l'ensemble du texte ; une autre Constitution, davantage fondée sur les principes de la démocratie directe, fut votée en 1793 mais jamais appliquée. Le Directoire, puis l'Empire, adoptèrent à leur tour des Constitutions, mais aucune ne resta en vigueur plus de quelques années.

14. Les douze premiers amendements ont été adoptés en 1791, soit quatre ans environ après l'entrée en vigueur de la Constitution. Le dix-huitième, voté en 1919 pour instituer la prohibition des boissons alcoolisées, fut abrogé par le vingt et unième en 1933.

15. En raison de l'hostilité de l'opposition parlementaire de gauche, mais aussi de quelques parlementaires du centre et même de la droite, elle n'a été votée qu'à deux voix de majorité.

La teneur de toutes ces dispositions pourrait aboutir à tourner l'esprit, voire la lettre, de la Constitution en renforçant l'emprise des assemblées sur la procédure législative, et ce fut parfois le cas dans le passé. C'est pourquoi la Constitution de 1958 a prévu que les règlements intérieurs seraient obligatoirement soumis au Conseil constitutionnel avant leur mise en application.

4. Les moyens d'assurer le respect de la Constitution

Le principe de la hiérarchie des normes implique que celles qui sont situées au sommet ne puissent pas être contredites par celles qui ont un rang inférieur. La Constitution, norme suprême, doit donc être respectée aussi bien par la loi que par les actes de l'administration et ceux des particuliers, ce qui ne peut être garanti que par l'institution d'un mécanisme de **contrôle**.

Il n'y avait pas d'obstacle théorique à l'existence d'un tel contrôle pour les deux dernières catégories d'actes, qui ne bénéficient pas d'un prestige spécial, et les juridictions administratives pour les premiers, comme les tribunaux judiciaires pour les seconds, l'ont spontanément exercé[16]. Mais la loi, elle, est censée être l'émanation de la volonté générale exprimée par les assemblées parlementaires élues : à quel titre et par quels moyens la censurerait-on ?

Certains pays ne se sont pas posé de problème à ce sujet : les États-Unis, notamment, considèrent depuis le début du XIXe siècle que les tribunaux peuvent déclarer une loi inconstitutionnelle, donc inapplicable au litige dont ils sont saisis[17]. Mais la France, de même qu'un bon nombre d'États européens, n'a admis la possibilité d'un tel contrôle que beaucoup plus tard et l'a confié non pas aux tribunaux ordinaires, mais à un organe spécial (le Conseil constitutionnel, voir ci-dessous). Ce contrôle, néanmoins, a pris une importance croissante dans la vie politique et sociale et, quelles que soient ses modalités, il entraîne des conséquences comparables.

a) L'organe chargé du contrôle

Il s'agit habituellement d'une Cour constitutionnelle dont les membres sont désignés soit par les autorités politiques, soit pour partie par de telles autorités et pour une autre partie par des instances juridictionnelles. Dans certains pays, comme l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne, ne peuvent être nommées que des personnes ayant une qualification juridique (magistrats, avocats, professeurs de droit), mais dans d'autres, aucune condition n'est requise. Il est clair que lorsque toutes les nominations émanent des autorités politiques et que celles-ci bénéficient d'une totale liberté de choix, le caractère politique de la Cour devient plus marqué.

C'est le cas du **Conseil constitutionnel** français (que l'on étudiera en détail dans le chapitre 6). Il a été créé par la Constitution de 1958, qui a introduit ce faisant une grande innovation : avant cette date, en effet, le contrôle de constitutionnalité des lois n'avait jamais existé. Les Constituants n'imaginaient d'ailleurs pas que le rôle du Conseil en la matière serait très important, car ils en attendaient surtout un contrôle des empiétements éventuels de la loi sur le domaine réservé au pouvoir réglementaire. C'est plus tard, on le verra, que son importance politique et juridique s'est accrue.

Les membres de ces cours bénéficient de garanties statutaires proches de celles des magistrats et destinées à assurer leur indépendance à l'égard du pouvoir politique. D'une part, leur mandat est généralement très long (neuf ans en France, dix ans en Allemagne) ou n'est limité que par l'âge de la retraite obligatoire ; dans le premier cas, pour leur éviter toute tentation de complaisance à l'égard du gouvernement en place, il est souvent prévu que ce mandat ne sera pas renouvelable. D'autre part, leurs fonctions sont incompatibles avec celle de membre d'une équipe ministérielle, ainsi qu'avec l'exercice d'un mandat électif national, voire d'un emploi. Enfin, ils ne peuvent être démis d'office que dans des cas très exceptionnels, comme la survenance d'une incompatibilité ou d'une incapacité physique permanente.

Leur président est désigné soit par ses pairs, comme en Italie, soit par des instances politiques : le Parlement en Allemagne, le président de la République en France ; le président des États-Unis nomme pareillement le « *Chief Justice* » de la Cour suprême, laquelle coiffe l'ensemble des tribunaux et statue donc en dernier ressort sur les problèmes de constitutionnalité. L'autorité morale du président de la Cour est toujours grande, de même que son pouvoir d'organisation des travaux : c'est pourquoi, en France comme aux États-Unis, il est choisi parmi des personnalités dont les vues sont proches de celles du chef de l'État.

b) Les modalités du contrôle

- **Contrôle *a priori* et contrôle *a posteriori***

Le contrôle peut intervenir *a priori*, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur d'une loi, ou *a posteriori,* lorsque la loi est déjà applicable. Le premier modèle est en principe le plus protecteur, puisqu'il a un effet préventif. Mais il est souvent difficile de prévoir, au moment du vote d'une loi, toutes les conséquences concrètes qui en résulteront et dont certaines pourraient s'avérer nocives ; il ne sera cependant pas possible de les contester dès lors que la loi n'aura pas été déclarée inconstitutionnelle. C'est pourquoi la plupart des pays ont choisi le contrôle *a posteriori,* qui permet de contester une loi soit pendant un certain délai à partir de sa promulgation, soit indéfiniment. La France, au contraire, n'a connu que le contrôle *a priori* jusqu'à la révision constitutionnelle de 2008, qui a donné la possibilité à tout plaideur, grâce à l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, de contester la constitutionnalité d'une loi dont dépend la solution de son litige lorsque cette loi

16. Ainsi le Conseil d'État a-t-il annulé, pour incompatibilité avec la Constitution, un décret interdisant aux travailleurs immigrés de faire venir leur famille en France (arrêt *GISTI*, 8 décembre 1978), et la Cour de cassation a fait de même pour un testament qui instituait un héritier, mais à condition qu'il n'épouse pas une personne de confession israélite.

17. Ce principe a été posé par la Cour suprême dans le célèbre arrêt *Marbury v. Madison*, rendu en 1803 et ainsi rédigé : *« Ceux qui contestent le principe selon lequel la Constitution doit être considérée devant un tribunal comme la loi suprême sont nécessairement conduits à soutenir que les tribunaux doivent fermer les yeux sur la Constitution pour ne voir que la loi. Pareille doctrine saperait le fondement même de toutes les Constitutions écrites. »*

porte atteinte à des droits ou libertés que lui reconnaît la Constitution (voir page 54).

Le déclenchement du contrôle *a priori* est toujours réservé à des autorités politiques (président de la République, Premier ministre, parlementaires). La mise en œuvre du contrôle *a posteriori* est au contraire plus ouverte : une collectivité territoriale décentralisée ou fédérée pourra ainsi contester une loi empiétant sur les compétences que lui attribue la Constitution ; un tribunal qui doit faire application dans un litige d'une loi qu'il estime inconstitutionnelle peut surseoir à statuer et renvoyer la question à la Cour [18]. Quelques pays, comme l'Allemagne et l'Espagne, admettent même que la Cour soit saisie par des particuliers, mais cette possibilité ne se rencontre que rarement, pour éviter des saisines trop nombreuses et peu justifiées.

- **Contrôle incident et contrôle à titre principal**

Le premier tend à éviter que la loi soit appliquée à un cas particulier. Il n'existe par définition que dans le contrôle *a posteriori* et résulte le plus souvent d'un renvoi à la Cour effectué par un tribunal. Si la Cour estime que la loi est effectivement inconstitutionnelle, cet avis ne vaut généralement que pour le procès en cours : la loi ne pourra lui être appliquée, mais demeure officiellement en vigueur ; en pratique, toutefois, les tribunaux cesseront de la faire respecter [19].

Le contrôle à titre principal, au contraire, est indépendant de tout litige et aboutit à l'invalidation définitive d'une loi, soit avant sa promulgation dans le cas du contrôle *a priori*, soit après, dans le cadre du contrôle *a posteriori*. Certains pays comme l'Allemagne, l'Italie et désormais la France, admettent aussi bien le contrôle à titre principal que le contrôle incident.

c) Les effets du contrôle

Juridiquement, les conséquences du contrôle sont claires : une loi **déclarée inconstitutionnelle** cesse, directement ou indirectement, **de faire partie des normes** applicables. Politiquement, ces conséquences sont parfois critiquées dans leur principe même : au nom de quelle légitimité des juges qui ne sont ni issus du suffrage universel ni responsables devant lui peuvent-ils censurer l'œuvre d'un Parlement démocratiquement élu ?

La suprématie constitutionnelle n'est pas contestée en soi et on admet généralement qu'elle doive être protégée. Mais cet assentiment n'est total que pour les dispositions de la Constitution qui ont un sens précis : si elles prévoient, par exemple, que les députés ne peuvent être élus avant d'avoir atteint l'âge de trente ans, ou que les nominations de magistrats ne peuvent intervenir qu'après avis du Conseil supérieur de la magistrature, la censure d'une loi abaissant cet âge ou supprimant la nécessité de cet avis paraîtra normale. Mais il n'en va pas toujours de même pour les dispositions qui ont une portée plus générale et consistent même parfois en des objectifs à atteindre. Ainsi en est-il de plusieurs principes énoncés dans les préambules des Constitutions, qui tracent les grandes lignes de l'organisation sociale du pays et peuvent être interprétés de manière plus ou moins extensive – ou subjective. Le droit à la vie, par exemple, implique-t-il l'interdiction de la peine de mort et/ou celle de l'interruption volontaire de grossesse ? Le principe d'égalité des citoyens s'oppose-t-il à ce que des discriminations positives soient instituées en faveur de personnes ou de catégories sociales défavorisées pour leur permettre, précisément, d'accéder à cette égalité ?

On touche ici à l'un des problèmes fondamentaux du contrôle de constitutionnalité, qui est l'étendue du **pouvoir d'interprétation** que se reconnaissent les Cours, et le caractère plus ou moins progressiste de leurs décisions par rapport à l'état de l'opinion publique. La Cour suprême des États-Unis, par exemple, s'est montrée plus hardie que le législateur de l'époque (mai 1954) lorsqu'elle a jugé inconstitutionnelle la ségrégation raciale pratiquée dans les écoles des États du sud et, plus tard, le 26 juin 2015, lorsqu'elle a légalisé sur tout le territoire le mariage homosexuel, décision que le président Barack Obama a salué comme *« un grand pas en avant dans notre marche vers l'égalité »*. Elle a fait preuve, au contraire, d'un conservatisme certain en censurant à ses débuts (en 1935), au nom du libéralisme économique, le *New Deal* voulu par le président Roosevelt et accepté par le Congrès. Dans les deux cas, ses décisions ont été très critiquées par une partie de l'opinion publique et des juristes : on a parlé à son propos de **« gouvernement des juges »**, et certains auteurs ont déclaré qu'elle n'appliquait pas tant la Constitution que l'idée qu'elle s'en faisait.

L'interprétation que les Cours donnent d'un principe à une même époque peut en effet être différente dans des pays dont les traditions culturelles sont pourtant peu éloignées : la dépénalisation de l'interruption volontaire de grossesse, par exemple, a été jugée inconstitutionnelle par la Cour allemande alors que le Conseil constitutionnel français, la même année (1975), n'y voyait pas d'obstacle. Il arrive aussi qu'une Cour opère en peu de temps de spectaculaires revirements, soit parce que sa composition a changé, soit parce qu'elle constate que sa position initiale se heurte à de vives oppositions. Ainsi la Cour suprême des États-Unis a-t-elle considéré, en 1972, que la peine de mort n'était pas compatible avec la Constitution, qui interdit tout *« châtiment cruel ou inhabituel »*, mais elle est revenue quatre ans plus tard sur cette interprétation à laquelle la plupart des États fédérés ne voulaient pas se conformer. À l'inverse, la Cour allemande autorise depuis 1993, sous certaines conditions, l'interruption volontaire de grossesse. Et la Cour italienne a jugé inconstitutionnelle en 1968 une disparité de traitement entre époux à laquelle elle n'avait pas vu d'obstacle quelques années auparavant.

Ces différences d'appréciation dans le temps et dans l'espace, ainsi que les controverses auxquelles elles donnent lieu, n'empêchent pas un **essor** remarquable du contrôle, en faveur duquel militent plusieurs considérations. La première est qu'il a permis une **meilleure protection** des droits et des libertés : ainsi la Cour suprême des États-Unis a-t-elle édifié un corps de règles de procédure et de fond s'imposant aux tribunaux, mais aussi à l'administration lorsqu'elle entend prendre une mesure défavorable à

18. Aux États-Unis, où l'on a vu que les tribunaux peuvent déclarer eux-mêmes qu'une loi est inapplicable, il est fréquent que les plaideurs leur demandent de le faire.

19. La France a choisi un système différent : les dispositions législatives que le Conseil constitutionnel aura, à l'occasion d'un litige, déclarées contraires à la Constitution seront abrogées à compter de sa décision.

l'égard d'un particulier, à partir du principe constitutionnel du « *due process of law* », cette expression équivalant à celle de « procédure régulière ». Et ce n'est sans doute pas un hasard si plusieurs pays, au moment où ils sortaient d'un régime niant les valeurs humanistes pour se doter d'institutions démocratiques, ont décidé de créer un contrôle de constitutionnalité[20].

La seconde raison est qu'une Constitution, pour épouser le contexte social malgré les inflexions qu'il connaît, doit **s'y adapter en permanence** : une interprétation évolutive du texte est sans doute préférable à des révisions trop fréquentes. Il faut mentionner enfin le rôle croissant dévolu aux gouvernements, qui même dans les régimes parlementaires ont la possibilité de faire adopter sans difficulté par les Assemblées les lois concrétisant leur programme : ces lois apparaissent dès lors comme étant moins l'expression de la volonté générale que celle du parti majoritaire du moment, et l'obstacle théorique traditionnel au contrôle de constitutionnalité tend par là même à s'atténuer.

20. On peut citer à cet égard l'Italie, l'Espagne, la Grèce et le Portugal, mais aussi des pays anciennement communistes. Dans ces derniers, la résurgence récente des traditions autoritaires se traduit par la volonté des gouvernements en place de minimiser le rôle d'un organe de contrôle jugé encombrant, d'abord en y contrôlant les nominations puis en limitant ses compétences, notamment en Hongrie et en Pologne. La Commission européenne a lancé, en janvier 2016, une « procédure de sauvegarde de l'État de droit » à l'égard de la Pologne et donné, en juillet 2013, trois mois au gouvernement polonais pour revoir les mesures prises à l'égard du Tribunal constitutionnel polonais. Elle a complété sa recommandation le 21 décembre 2016 et laissé à nouveau deux mois au gouvernement polonais. Fin 2016, la Pologne n'avait pas cédé sur ce point.

Chapitre 2
Les caractéristiques et l'évolution de la Constitution de 1958

La Constitution a 59 ans en 2017, ce qui est un âge fort respectable compte tenu des fréquents changements d'institutions que la France a connus : sa longévité n'est en effet dépassée que par celle des lois constitutionnelles de la IIIe République[21], adoptées en 1875 et restées en vigueur jusqu'en 1940. Elle a cependant subi quelques inflexions notables depuis son origine, les unes dues à des révisions, d'autres aux fluctuations de la vie politique.

Les cinq Républiques françaises

Première République : septembre 1792 – mai 1804 : *de la chute de la monarchie à l'avènement du Premier Empire.*

Deuxième République : février 1848 – décembre 1852 : *de la Révolution de 1848 au rétablissement de l'Empire par Napoléon III.*

Troisième République : septembre 1870 – juillet 1940 : *de la chute du Second Empire à l'instauration de l'État français (régime de Vichy).*

Quatrième République : juin 1944 – octobre 1958 : *du Gouvernement provisoire de la République française à l'avènement de la Ve République.*

Cinquième République : *instituée en octobre 1958.*

1. Les intentions des Constituants

La Constitution de 1946, on l'a vu, se caractérisait par une prééminence du Parlement conforme à l'idéologie de la Résistance. La durée de vie des gouvernements était faible et le président de la République, élu par le Parlement, ne disposait pas d'une autorité véritable dans la mesure où presque toutes les décisions importantes qu'il pouvait prendre devaient être contresignées par le chef du gouvernement (dénommé président du Conseil) et les ministres intéressés. Dans ces conditions, quelles que soient les qualités que l'on doit reconnaître par ailleurs à la IVe République, sa capacité à faire face efficacement aux crises se trouvait réduite, et la guerre d'Algérie entraîna sa chute.

Revenu au pouvoir après les émeutes du 13 mai 1958, le général de Gaulle fut investi le 3 juin par le Parlement de la mission de **réviser la Constitution**. Son intention première était de « restaurer l'autorité de l'État » par l'institution d'un pouvoir exécutif fort. Le président de la République, élu à l'origine au suffrage indirect mais par un collège dans lequel les parlementaires étaient très minoritaires (ce qui lui permettait de prendre de la distance par rapport à eux), dispose donc de pouvoirs propres, c'est-à-dire dispensés de contreseing (ce qui le rend, dans l'exercice de ces pouvoirs, indépendant du gouvernement). À ses côtés, le Premier ministre, nommé par lui sans qu'un vote d'investiture de l'Assemblée nationale soit requis, *« détermine et conduit la politique de la Nation »* (article 20 de la Constitution). Et, en temps de crise, le président peut se voir investi de pouvoirs exceptionnels, notamment celui de gouverner par ordonnances : il *« prend les mesures exigées par les circonstances »*, dit l'article 16, mais en détermine le contenu à peu près librement.

Le Parlement fait évidemment les frais de ce rééquilibrage : la durée des sessions est réduite, le domaine – illimité jusqu'alors – dans lequel la loi peut intervenir est considérablement restreint, et les prérogatives du gouvernement à l'égard des assemblées s'accroissent au contraire grâce à l'instauration d'un **parlementarisme très « rationalisé »,** notamment en qui concerne la procédure législative et la possibilité de mettre en cause la responsabilité du gouvernement. De plus, le Parlement perd même son pouvoir exclusif d'adopter les lois, puisque le président de la République, sur proposition du gouvernement ou des assemblées[22], peut soumettre au référendum *« tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la Nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité »* (article 11). Il est symbolique de tous ces changements que l'ordre dans lequel la Constitution aborde les différents pouvoirs publics ait été modifié : alors que le

21. Il s'agissait en fait de trois lois constitutionnelles, respectivement relatives à l'organisation des pouvoirs publics, à celle du Sénat et aux rapports des pouvoirs publics. Si une véritable Constitution n'a pas été adoptée par l'Assemblée nationale élue après la capitulation de Napoléon III, c'est parce que les députés, partagés entre monarchistes et républicains, hésitaient sur la forme à donner au régime et préférèrent ce qu'ils estimaient être une solution d'attente.

22. Lorsque le président dispose d'une majorité au Parlement, une telle proposition ne lui est évidemment pas difficile à obtenir.

Parlement était mentionné en premier dans les Constitutions de la IIIe et de la IVe République, il ne vient plus maintenant qu'après le président de la République et le gouvernement.

2. L'évolution du texte et de la pratique

Tant que le général de Gaulle demeura, suivant son expression, « *aux affaires* », les prérogatives présidentielles furent très affirmées et souvent utilisées. Il instaura ainsi ce que l'on appelle le **domaine réservé** du président, qui comprend la défense et la politique étrangère (à l'époque, on y incluait aussi la « question algérienne »). Il prit également l'habitude de mettre fin aux fonctions des Premiers ministres qui ne lui convenaient plus. Il recourut quatre fois au référendum, dans lequel il voyait le moyen d'établir un lien direct entre lui et le peuple. Enfin, utilisant la procédure de l'article 11 de la Constitution et non celle de l'article 89 qui régit les révisions constitutionnelles (ce qui suscita de vives critiques dans les milieux politiques et juridiques), il fit adopter par référendum l'élection du président de la République au **suffrage universel direct**, novation qui confère évidemment au président une légitimité accrue aux yeux de l'opinion.

Jusqu'à 2007, ses successeurs manifestèrent une conception moins altière de leur rôle, et la présidentialisation s'en trouva atténuée. Surtout, par trois fois (en 1986-88, 1993-95 et 1997-2002), les électeurs envoyèrent à l'Assemblée nationale une majorité opposée à celle du chef de l'État. La **cohabitation** qui dut s'instaurer entre un président de la République et un Premier ministre appartenant à des tendances politiques différentes entraîna des effets que les constituants n'avaient certainement pas prévus : un président aux moyens d'action considérablement réduits, puisqu'il ne peut plus faire appliquer son programme par le gouvernement, et se comportant parfois en chef de l'opposition. C'est pour éviter le renouvellement d'une telle situation que les dates respectives des élections présidentielle et législatives du printemps 2002 furent inversées : élu en premier lieu, le président peut peser sur les résultats du scrutin législatif en demandant aux électeurs de lui assurer une majorité parlementaire conforme à ses vues.

Depuis 2007, la tendance s'est de nouveau infléchie : le président Sarkozy inclinait en effet à étendre son domaine de compétence au détriment de celui du Premier ministre et du gouvernement. Sans doute ce rôle prééminent expliqua-t-il en partie la limitation à deux du nombre des mandats successifs susceptibles d'être exercés par un même président, prévue par la révision constitutionnelle de 2008.

– Un autre facteur d'évolution, voulu celui-ci, résulte de la réforme du **mode de saisine du Conseil constitutionnel**. En 1971, le Conseil s'était reconnu compétent pour apprécier une loi non seulement par rapport aux dispositions du texte même de la Constitution, mais aussi par rapport à son préambule, qui renvoie à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclamée en 1789. Cette extension de ses normes de références lui ouvrait un champ d'intervention très vaste, puisque s'étendant à la protection de toutes les libertés publiques, et c'est ainsi qu'il censura, dans une décision de 1971, une loi portant atteinte à la liberté d'association. On aurait pu interpréter ce changement comme un moyen supplémentaire de brider le Parlement. En fait, il s'agissait plutôt de tempérer les ardeurs parfois excessives d'un gouvernement s'appuyant sur une majorité parlementaire docile et on pouvait y voir au contraire une arme aux mains de l'opposition. C'est d'ailleurs bien pour aider à l'émergence d'un statut de l'opposition que, pendant sa campagne présidentielle, Valéry Giscard d'Estaing (élu en mai 1974) promit d'élargir les conditions de saisine du Conseil constitutionnel : initialement réservée au président de la République et aux présidents des deux assemblées, elle fut ouverte par la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 à soixante députés ou soixante sénateurs. Il n'est donc guère de lois importantes – y compris les lois de finances – qui ne soient pas aujourd'hui déférées au Conseil, si bien qu'on le compare parfois à une troisième Chambre et que l'exercice du pouvoir est sans doute mieux équilibré.

– Il faut enfin mentionner les incidences de la **construction européenne**, qui s'avèrent très importantes. D'une part, en effet, la loi nationale n'est plus souveraine puisqu'elle ne peut aller à l'encontre des normes communautaires, y compris les règlements et les directives. D'autre part, l'idéologie dominante de l'Union – le libéralisme économique – est en opposition avec les conceptions qui prévalaient en France lors de la rédaction du préambule de 1946, réaffirmé par la Constitution de 1958. Le préambule indique ainsi que *« toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité »,* mais il n'a pas empêché la privatisation d'anciennes entreprises publiques comme EDF, GDF (aujourd'hui Engie), Air France, etc.

Si les querelles autour de la Constitution de 1958 s'étaient largement apaisées après 1981, elles ont repris un cours nouveau dans les années 2012-2016. Un rapport de 2015, « Refaire la démocratie », rédigé par un groupe coprésidé par Claude Bartolone, a présenté 17 propositions visant à restaurer le lien entre les citoyens et leurs représentants et à renforcer la responsabilité du citoyen ; à rééquilibrer l'exécutif (en réinstaurant un septennat non renouvelable pour le mandat du Président) et à réduire le nombre des parlementaires. Ces propositions ont cependant soulevé l'hostilité de l'opposition parlementaire.

Chapitre 3
Le président de la République

Dès 1958 et plus encore après la réforme de 1962[23], on a pu dire du président de la République qu'il était la « clé de voûte » des institutions. Excepté lorsqu'il ne dispose pas d'une majorité parlementaire, il est en effet le principal inspirateur de la politique du pays ; il conclut aussi les traités internationaux et a le droit de dissoudre l'Assemblée nationale, ainsi que celui de provoquer une révision constitutionnelle.

Ces pouvoirs considérables ne sont pas contrebalancés par une responsabilité politique et juridique équivalente. Le président ne peut être renversé par le Parlement et, à la différence des membres du gouvernement, il n'est responsable de ses actes qu'en cas de *« manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat »*, au terme d'une procédure très difficile à mettre en œuvre. Cette immunité, héritée des précédentes Républiques dans lesquelles le président exerçait une fonction de représentation et de régulation plutôt que d'autorité, se justifie beaucoup moins dans le système actuel, et nombreux sont ceux qui la jugent excessive.

1. Le statut du président

Ce statut comprend quatre éléments essentiels : le mode de désignation du président, la durée de son mandat, les services dont il dispose et les responsabilités qu'il peut ou non encourir.

1. Le mode de désignation

Depuis 1962, le président est élu au **suffrage universel direct** et son élection constitue sans nul doute l'un des événements majeurs de la vie politique du pays. Le changement de son mode de désignation a été largement approuvé par l'opinion publique (le référendum qui l'instituait a recueilli 62 % de votes positifs) et il demeure très populaire : les citoyens tiennent en effet à se prononcer eux-mêmes, d'après les programmes qui leur sont soumis, sur des alternatives telles que la sécurité ou la flexibilité de l'emploi, la prévention ou la répression de la criminalité, le maintien ou la diminution du nombre des agents publics. Et de fait, l'élection du président est celle pour laquelle les abstentions sont les moins nombreuses[24].

a) La préparation de l'élection

- **La date de l'élection**

Elle est **imposée** par la Constitution. Qu'elle se produise dans des circonstances normales, c'est-à-dire à la fin du mandat du président en fonction, ou à la suite d'un événement exceptionnel comme son décès, sa démission ou son incapacité physique[25], l'élection doit avoir lieu vingt jours au moins et trente-cinq jours au plus avant l'expiration de ce mandat ou après l'événement qui l'a interrompu. Ce délai est relativement bref, à la fois pour préserver le plus longtemps possible l'autorité du président en fonction et pour éviter une vacance prolongée de cette fonction dans le cas où elle ne serait plus remplie (c'est alors le président du Sénat qui en assure l'intérim).

- **Les conditions d'éligibilité**

Pour être éligibles à la présidence, les candidats doivent remplir les **conditions fixées par le Code électoral** pour tous les mandats électifs nationaux : il faut être Français, avoir atteint l'âge de 18 ans et ne pas être frappé d'une incapacité résultant de la perte des droits civiques. Mais, à la différence de ce qui est prévu pour toutes les autres élections, on ne peut pas se porter soi-même candidat, même au nom d'un parti. Afin d'éviter les candidatures fantaisistes ou non représentatives d'un courant d'opinion important, la loi organique prise pour l'application de la Constitution impose la procédure dite des **parrainages** : les candidats doivent être présentés par un certain nombre d'élus nationaux ou locaux (parlementaires, conseillers généraux ou régionaux, maires).

En 1962, ce nombre avait été fixé à cent, mais il a permis la présentation d'une dizaine de candidats aux élections qui se sont succédé. La loi organique fut donc modifiée en 1976 pour porter le nombre des signatures requises à **cinq cents**. Elle exige également que les signataires proviennent d'au moins trente départements ou territoires d'outre-mer différents, sans que plus d'un dixième de ces signataires soient élus d'un même département ou territoire.

L'élection de 2002 a montré que cette réforme n'atteint pas les objectifs qu'elle s'était fixés : seize candidats ont été en effet admis à se présenter, bien que plusieurs d'entre eux aient dit éprouver quelques difficultés pour obtenir le nombre requis de signatures. Cette pléthore de candidats s'expliquait en partie par le souhait des petites formations de se faire connaître par l'intermédiaire des articles que la presse écrite consacre aux candidats, et surtout

23. L'élection du président au suffrage universel direct, voir plus bas.

24. Ainsi, en mai 2012, le second tour de l'élection présidentielle a connu un taux d'abstention de 19,65 %, tandis que les élections législatives, en juin, ont enregistré une abstention de 44,16 %, également lors du second tour.

25. Les deux premiers de ces cas se sont déjà produits : Georges Pompidou est décédé en 1974, soit à peu près deux ans avant la fin de son mandat, et le général de Gaulle a démissionné en 1969, quatre ans après son élection, à la suite de l'échec d'un référendum, portant notamment sur l'organisation du Sénat, qu'il avait décidé.

grâce à la campagne télévisée. Bien qu'elle n'ait rien de choquant du point de vue de la démocratie, elle a cependant entraîné des effets paradoxaux : des deux candidats qui représentaient en 2002 les courants d'opinion majoritaires, l'un – le président sortant – n'a obtenu qu'à peine 20 % des suffrages au premier tour, et l'autre – le Premier ministre – a été éliminé. C'est pourquoi des voix se sont élevées en faveur d'une modification du système, soit en accroissant à nouveau le nombre de parrainages requis, soit en confiant ce parrainage aux électeurs eux-mêmes. L'élection de 2012 a cependant eu lieu selon les mêmes règles, et elle n'a vu s'affronter que dix candidats.

La loi organique du 25 avril 2016 « de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle » a fait évoluer ces règles : désormais, les signatures devront être adressées directement au Conseil constitutionnel, et non plus remises aux candidats. Après avoir vérifié qu'elles correspondent bien au nombre et aux conditions obligatoires, le Conseil rendra public l'ensemble des parrainages et non plus, comme par le passé, un échantillon de 500 signatures tiré au sort. La liste doit être publiée au *Journal officiel*, ce qui permet d'informer les citoyens mais aussi les partis politiques, du choix de leurs élus. Enfin, pour en terminer avec les faux suspenses, le Conseil publiera, au moins deux fois par semaine, au fur et à mesure de l'arrivée des signatures, le nom des parrains qui se seront manifestés.

Le mode de désignation des candidats a connu une évolution sensible. Dans les débuts de la Ve République, la plupart d'entre eux s'appuyaient sur un parti, auquel ils demandaient souvent d'entériner leur candidature. C'est dans ce cadre, par exemple, que le parti socialiste avait organisé des primaires « fermées », réservées aux seuls militants pour trancher, en 1995, entre les deux candidatures rivales de Lionel Jospin et d'Henri Emmanuelli ou, en 2007, entre celles de Ségolène Royal, de Dominique Strauss-Kahn et de Laurent Fabius. Lorsqu'un parti n'arrivait pas à trancher, deux candidats issus de son sein pouvaient s'affronter devant les électeurs (tels Jacques Chirac et Édouard Balladur en 1995). Á l'automne 2011, le parti socialiste a apporté une nouveauté, en organisant des primaires « ouvertes » également aux sympathisants socialistes pour l'élection de 2012 : six candidats se sont présentés et les deux d'entre eux qui étaient arrivés en tête ont été départagés lors d'un second tour auquel ont participé près de trois millions d'électeurs. Cette primaire, inspirée de celles qui constituent le premier acte de l'élection présidentielle aux États-Unis, mais aussi de l'exemple italien, a connu un grand succès populaire, ce qui a amené les responsables du parti Les Républicains à inscrire dans ses statuts le recours aux primaires pour l'élection de 2017 (organisées en novembre 2016, elles ont conduit à la désignation de François Fillon comme candidat de la droite à l'élection présidentielle). Cette évolution a amené la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques à préciser, pour 2017, les critères de réintégration des dépenses engagées à l'occasion d'une primaire dans le compte de campagne du candidat (voir ci-dessous). Si les dépenses engagées par les partis pour l'organisation de la primaire n'ont pas à être réintégrées, celles exposées par le candidat désigné *« visant à sa promotion personnelle ou à celle de ses idées »* (frais d'édition ou de diffusion d'ouvrages ou de documents développant le programme du candidat, dépenses liées aux réunions publiques organisées par lui ou pour son compte dans le cadre de sa campagne, etc.) seront considérées comme des dépenses électorales et devront être intégrées dans le compte de campagne[26].

- **La campagne électorale**

Placée sous la surveillance d'une commission nationale de contrôle (voir ci-dessus) représentée dans chaque département par une commission locale, elle fait l'objet d'une **triple réglementation**. D'une part, afin d'atténuer l'inégalité entre les candidats (mais aussi de moraliser la campagne), les **dépenses** qu'ils peuvent engager sont **plafonnées** à 16,8 millions d'euros pour le premier tour et à 22,5 millions pour le second. Aucun don émanant de particuliers ne peut excéder 4 600 euros et les dons provenant de personnes morales autres que les partis sont interdits. L'État prend à sa charge une partie des dépenses (impression des bulletins de vote, affichage sur les panneaux officiels, envoi des professions de foi) et accorde aussi à chaque candidat une subvention forfaitaire. Tous les candidats doivent établir un **compte de campagne** retraçant les recettes perçues et les dépenses effectuées ; ce compte est adressé à une commission de contrôle qui peut l'approuver, le rejeter ou le réformer. Ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel.

L'État rembourse à tous les candidats 4,75 % du montant du plafond autorisé. Ce chiffre est porté à 47,5 % pour les candidats ayant obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés (ou au montant réel des dépenses engagées si celui-ci est inférieur au forfait). Le rejet du compte d'un candidat par la commission de contrôle empêche ce remboursement. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a confirmé, en juillet 2013, l'invalidation des comptes présentés par Nicolas Sarkozy, qui ne faisaient état que de 21,4 millions d'euros de dépenses alors qu'elles dépassaient 23 millions. L'UMP a alors organisé une souscription pour couvrir la dette, à laquelle s'ajoutait le remboursement des avances perçues, et Nicolas Sarkozy a décidé pour sa part de ne plus siéger au Conseil constitutionnel.

D'autre part, la radio et la télévision devaient, jusqu'à l'élection présidentielle de 2017, respecter l'**égalité des candidats** en leur consacrant le même temps d'émission, particulièrement durant les deux dernières semaines de la campagne. Les médias, en particulier audiovisuels, ont souvent critiqué cette obligation qui les conduisait à attribuer du temps d'antenne à des candidats peu connus et peu « attractifs ». Pour tenir compte de ces arguments, la loi organique du 25 avril 2016 a modifié les règles antérieures : si le principe reste celui de l'**égalité absolue** pour la période de l'entre-deux-tours et les deux semaines précédant le premier tour, ce n'est plus le cas pour la période « intermédiaire » qui sépare la publication de la liste des candidats et l'ouverture de la campagne officielle. Le principe qui s'applique est celui de l'« équité » : les temps de parole pourront être fixés différemment en fonction de critères tels que la « représentativité du candidat » ou « sa contribution à l'animation de la campagne ». Ces nouvelles dispositions sont très critiquées par les « petits » candidats qui craignent de se voir privés de l'accès aux médias.

26. Dans un arrêt du 27 mars 2015, le Conseil d'État a décidé que les documents relatifs à l'élection présidentielle sont publics et donc communicables.

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) est chargé de veiller au respect de cette obligation et, pour ce faire, additionne soigneusement les heures, voire les minutes ; mais s'il peut rappeler à l'ordre les sociétés nationales de programme, il ne dispose à l'égard des stations et chaînes privées que d'un pouvoir de recommandation.

Enfin, la déontologie des **sondages** est contrôlée par la Commission des sondages. Jusqu'en 2002, la publication de ces sondages était interdite pendant la dernière semaine de la campagne, mais la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que cette interdiction portait atteinte à la liberté d'information et qu'elle était, en outre, relativement inefficace puisqu'elle ne pouvait s'appliquer aux médias étrangers accessibles en France ; c'est pourquoi elle a été limitée à la veille et au jour de l'élection. La loi du 25 avril 2016 renforce les obligations de transparence des organismes de sondage, qui devront en particulier mentionner les méthodes qu'ils utilisent pour le « redressement » des résultats bruts.

b) Le scrutin

Il comporte **deux tours** organisés à deux semaines d'intervalle. Au premier tour, l'élection ne peut être acquise qu'à la majorité absolue des suffrages, ce qui ne s'est encore jamais produit. Seuls les deux candidats placés en tête à l'issue du premier tour ont le droit de se présenter au second : cette règle a pour but d'assurer à celui qui sera élu un nombre de suffrages suffisant pour asseoir son autorité en tant que président.

Dans l'hypothèse où l'un des candidats au premier tour décéderait ou se trouverait empêché de se présenter, le Conseil constitutionnel doit prononcer le report de l'élection. Si la même hypothèse se présente au second tour, le Conseil doit déclarer qu'il faut recommencer l'ensemble des opérations électorales. Dans les deux cas, il ne peut le faire d'office, mais seulement sur demande des autorités habilitées de manière générale à le saisir.

Le Conseil est également juge de la **régularité** du scrutin : il lui appartient de statuer sur les réclamations qui peuvent lui être adressées par un candidat, un électeur ou un préfet pour contester la régularité des opérations électorales dans un ou plusieurs bureaux de vote ; s'il juge ces réclamations fondées, il annule les opérations correspondantes, mais celles-ci ont été jusqu'à présent trop peu importantes pour altérer le résultat final du scrutin. Ce résultat, après chacun des deux tours, est proclamé par le Conseil.

On relèvera que neuf élections présidentielles ont eu lieu depuis la réforme de 1962 et que le second tour a opposé sept fois un candidat de droite à un candidat de gauche (voir tableau ci-contre)[27], ce qui résulte de la logique dite de « bipolarisation » et la conforte en même temps. À l'exception de celle, atypique, de 2002, deux élections seulement ont vu un candidat l'emporter avec plus de 55 % des suffrages, ce qui correspond également à cette logique.

Résultats des élections présidentielles au second tour (1965-2012)

Date et candidats (en gras, le candidat élu)	Résultats en %
19 décembre 1965	
Charles de Gaulle	55,2
François Mitterrand	44,8
15 juin 1969	
Georges Pompidou	58,21
Alain Poher	41,79
19 mai 1974	
Valéry Giscard d'Estaing	50,81
François Mitterrand	49,19
10 mai 1981	
François Mitterrand	51,76
Valéry Giscard d'Estaing	48,24
8 mai 1988	
François Mitterrand	54,02
Jacques Chirac	45,98
7 mai 1995	
Jacques Chirac	52,64
Lionel Jospin	47,36
5 mai 2002	
Jacques Chirac	82,21
Jean-Marie Le Pen	17,79
6 mai 2007	
Nicolas Sarkozy	53,06
Ségolène Royal	46,94
6 mai 2012	
François Hollande	51,62
Nicolas Sarkozy	48,38

2. La durée du mandat

La Constitution de 1958 fixait cette durée à sept ans, comme le faisaient celles des deux Républiques précédentes. Mais si un mandat aussi long, de surcroît renouvelable[28], pouvait paraître normal compte tenu du rôle assez restreint qui était auparavant celui du président, il se justifiait beaucoup moins pour un président doté de pouvoirs importants et dont la responsabilité politique ne peut pas, néanmoins, être mise en cause par le Parlement. Diverses propositions avaient été faites pour modifier cette règle, mais les avis divergeaient quant aux modalités d'une réforme : valait-il mieux conserver le septennat mais rendre le mandat non renouvelable[29] ou instaurer le quinquennat ?

La seconde thèse l'a finalement emporté et une révision de la Constitution, intervenue le 2 octobre 2000, a fixé la durée du mandat à **cinq ans**. Ce choix s'explique notamment par le souci de faire coïncider les dates des élections présidentielles et législatives, et de limiter ainsi les risques

27. En 1969, la gauche se trouvant éliminée au 1er tour, les candidats étaient Georges Pompidou et Alain Poher (président du Sénat, il assurait l'intérim de la présidence depuis la démission du général de Gaulle) ; en 2002, dans une situation analogue, il s'agissait de Jacques Chirac et Jean-Marie Le Pen.

28. Sous la IVe République, ce mandat n'était toutefois renouvelable qu'une seule fois.

29. Cette solution a été notamment préconisée en 1993 par le comité consultatif pour la révision de la Constitution (dit aussi comité Vedel), que François Mitterrand avait chargé d'une réflexion sur les institutions.

de cohabitation. Jusqu'ici, le mandat était indéfiniment renouvelable[30]. Mais la révision constitutionnelle de 2008 interdit désormais qu'un même président accomplisse plus de deux mandats consécutifs – ce qui ne l'empêchera pas de se représenter ultérieurement. La réforme s'explique par le caractère semi-présidentiel de la pratique actuelle du régime, qui confère au président un rôle prééminent, dont il est plus sage de limiter la durée. Sur ce point, les États-Unis ont servi d'exemple, mais en partie seulement : en 1951, une révision constitutionnelle a interdit en effet à un président américain d'accomplir plus de deux mandats, qu'ils soient ou non consécutifs[31].

La Constitution prévoit aussi le cas où un président en exercice ne serait plus apte à remplir ses fonctions (par exemple, en raison de son état de santé physique ou mentale) : le gouvernement doit alors saisir le Conseil constitutionnel qui chargera le **président du Sénat** d'assurer l'**intérim**, soit à titre temporaire (c'est-à-dire jusqu'au moment où le président pourra reprendre ses activités), soit jusqu'à la nouvelle élection si son empêchement a un caractère définitif[32].

On ajoutera que les fonctions présidentielles sont incompatibles avec tout autre mandat électif national ou local, ainsi qu'avec l'exercice d'une profession : dès son entrée en fonction, le président doit donc renoncer à ceux qu'il exerçait, et ne pourra les reprendre qu'au terme de son mandat. Il reçoit en contrepartie un salaire : fixé à environ 7 000 euros bruts sous Jacques Chirac, il a été porté à 21 300 euros en 2007, puis ramené à 14 910 à partir d'août 2013.

3. Les services de la présidence

Le président est assisté de services étoffés (ils comptent environ 900 personnes), dont l'existence n'est pas inscrite dans les textes mais retracée dans le budget de l'État au titre des « charges communes ». Ces services comprennent en premier lieu un **secrétariat général**, composé de conseillers techniques et de chargés de mission spécialisés dans des secteurs d'activité qui recoupent généralement ceux des ministères. Ce secrétariat prépare des notes et des dossiers à l'intention du président, ce qui permet à celui-ci de suivre de près la gestion des affaires. Il est souvent représenté dans les réunions interministérielles qui se tiennent sous l'égide du Premier ministre ou de ses collaborateurs, avec lesquels il entretient des contacts réguliers. Et chaque semaine, le secrétaire général de la présidence rencontre le secrétaire général du gouvernement pour préparer avec lui l'ordre du jour des réunions du conseil des ministres.

Vient ensuite le **cabinet**, qui s'occupe principalement du courrier, des audiences et des déplacements du président ; il assure généralement aussi ses relations personnelles avec la presse. La **« maison militaire »** est une sorte d'état-major placé auprès du président en sa qualité de chef des armées et joue un rôle comparable à celui du secrétariat général pour les affaires civiles.

Le président est libre d'organiser ses services comme il l'entend et de recruter à son gré les personnes qui en font partie (un bon nombre de celles-ci sont des agents publics mis à sa disposition – donc rémunérés par les ministères). L'ensemble constitue un appareil qui lui permet non seulement de se tenir informé en détail de la politique suivie par le gouvernement, mais aussi de peser sur celle-ci lorsque les majorités présidentielle et parlementaire coïncident, et de la critiquer éventuellement en période de cohabitation. Cet appareil a été considérablement renforcé en 2007 et 2008, puis réduit à partir de 2010, comme l'ont été, à partir de 2012, les frais de fonctionnement de l'Élysée.

4. La responsabilité du président

Malgré les réformes introduites par la révision constitutionnelle du 23 février 2007, il serait sans doute plus exact de parler de quasi-irresponsabilité sur le plan juridique aussi bien que politique : si le président n'est pas à l'abri des critiques, voire des mises en cause, il échappe dans une très large mesure aux conséquences qui pourraient en être tirées.

a) Sur le plan politique

On l'a vu, le président ne peut être renversé par le Parlement, et nul n'est en mesure de le contraindre à démissionner avant la fin de son mandat. Certains auteurs ont écrit, pour justifier ce système, que le général de Gaulle considérait le référendum comme un moyen d'engager sa responsabilité devant les électeurs ; mais s'il a effectivement démissionné en 1969, ce qu'il s'était engagé à faire en cas d'échec, on peut juger quelque peu écornée une responsabilité qui ne saurait être mise en jeu que par celui qui en fait l'objet, à une date et sur une question qu'il a lui-même choisies. Depuis 1969, d'ailleurs, aucun président n'a considéré le référendum comme une sorte de question de confiance posée au pays, ni n'a lié son sort à celui de la consultation.

Aucun d'eux, non plus, ne s'est estimé désavoué lorsqu'au cours de son mandat les élections législatives envoyaient à l'Assemblée nationale une majorité opposée à ses vues, quelle que soit l'importance de cette majorité – pas même Jacques Chirac, qui avait pourtant dissous l'Assemblée en 1997 pour disposer d'un soutien accru dans celle qui sortirait des urnes. En définitive, lorsqu'un président est élu, les électeurs savent (ou devraient savoir) que sauf empêchement imprévu, il restera en place jusqu'à la fin de son mandat, privilège dont ne disposent ni les députés, ni le gouvernement.

Le président bénéficie même d'une sorte de **protection renforcée** contre les contestations. D'une part, la tradition veut que les parlementaires ne l'attaquent pas personnellement au cours des débats, sous peine de se voir rappelés à l'ordre par le président de la Chambre. D'autre part, la loi du 29 juillet 1881 relative à la presse prévoyait des peines allant jusqu'à l'emprisonnement contre ceux qui seraient reconnus coupables « d'offense au président de la République » : utilisée pour la dernière fois en 2008, cette disposition a été abrogée par la loi du 5 août 2013.

30. Mais seuls deux présidents – François Mitterrand et Jacques Chirac – ont été réélus au suffrage universel et ont accompli leur second mandat.

31. Elle s'expliquait par le fait que Franklin Roosevelt, lors de son décès en 1945, commençait son quatrième mandat.

32. Il faut assimiler à cette dernière hypothèse celle d'une éventuelle destitution du président par la Haute Cour en cas de « *manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat* » (voir p. 29).

b) Sur le plan juridique

La mise en jeu de la **responsabilité pénale** du président s'avère extrêmement difficile. Aux termes de l'ancien article 68 de la Constitution, il n'était *« responsable des actes commis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison »* et il ne pouvait être *« mis en accusation que par les deux assemblées statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité absolue des membres les composant »*. Le seul énoncé de ces dispositions suffit à montrer que l'hypothèse avait fort peu de chances de se réaliser. D'abord en raison de l'extrême gravité des manquements qui pourraient être qualifiés de *« haute trahison »* ; l'histoire n'offre d'ailleurs que deux exemples de cas dans lesquels elle a été reconnue : Louis XVI en 1793 et le maréchal Pétain en 1945. Ensuite, du fait des conditions de majorité requises, qu'on imagine mal être réunies en dehors d'une crise particulièrement grave.

Cette situation, par trop exorbitante du droit commun, faisait l'objet de nombreuses critiques. Jacques Chirac, peu après sa réélection en 2002, nomma donc une commission composée de juristes et chargée de la réexaminer. À la suite de son rapport, un projet de loi constitutionnelle fut élaboré en 2003 mais ne vint en discussion devant le Parlement qu'à la fin de l'année 2006.

La **révision** constitutionnelle opérée le 23 février 2007 et précisée par la loi organique du 24 novembre 2014 a modifié le système antérieur sur deux points, qui jouent en quelque sorte à l'inverse l'un de l'autre. En effet, les motifs pour lesquels la responsabilité du président peut être mise en cause sont élargis : la haute trahison fait place au *« manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat »*. Mais la procédure de cette éventuelle mise en cause est rendue plus difficile : le Parlement doit désormais la voter à une majorité des deux tiers dans chacune des deux Chambres et non plus seulement à la majorité absolue.

Si tel est le cas (hypothèse assez peu vraisemblable), le président n'est plus traduit devant une Haute Cour de justice, comme dans le système précédent[33], mais devant le Parlement constitué en **Haute Cour** sous la présidence du président de l'Assemblée nationale. Dans l'éventualité où elle constaterait l'existence du manquement visé par le texte, elle devrait prononcer la destitution du président dans le délai d'un mois, à bulletins secrets et à la même majorité des deux tiers.

Les nouvelles dispositions du texte consacrent l'interprétation que le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation avaient donnée du système précédent. L'une concerne le *champ* du privilège de juridiction. La majorité des juristes s'accordaient pour estimer qu'il couvrait uniquement les actes accomplis pendant l'exercice des fonctions et à l'occasion de celles-ci, et que le président pouvait être poursuivi devant les tribunaux ordinaires soit pour des actes antérieurs, soit pour des faits purement personnels (par exemple, une infraction au Code de la route). Mais le Conseil constitutionnel, saisi en 1999 de la question de savoir si le traité créant la Cour pénale internationale était compatible avec la Constitution, a déclaré que ces actes n'étaient justiciables que de la Haute Cour de justice pendant toute la durée du mandat du président, lequel bénéficiait ainsi d'une immunité pratiquement totale.

Le nouvel article 67 reprend et étend même cette **immunité** en précisant que le président de la République ne peut, durant son mandat, *« faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite »* devant aucune juridiction ou autorité administrative française, et qu'il ne peut pas non plus être requis de témoigner[34]. Les conséquences de cette règle sont curieuses : elle impliquerait, par exemple, l'impossibilité pour l'épouse d'un président de demander le divorce si son mari s'y oppose ; ou, pour les voisins d'une propriété privée du président, d'obtenir réparation d'un préjudice causé par l'un de ses préposés dans l'hypothèse où un accord amiable s'avère impossible.

La seconde disposition concerne la *durée* du privilège. Pour éviter que l'immunité du président entraîne des conséquences irréversibles, la Cour de cassation avait jugé, dans un arrêt rendu en 2001, que les poursuites éventuelles devant les tribunaux n'étaient pas closes mais simplement suspendues pendant la durée du mandat présidentiel. La loi de révision constitutionnelle, précisée par la loi organique du 24 novembre 2014, consacre cette jurisprudence en indiquant que, jusqu'à l'expiration de ce mandat, *« tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu »*[35].

2. Les pouvoirs du président

Comme ceux des Républiques précédentes, le président dispose des pouvoirs traditionnellement attachés à la fonction de chef d'État. Il exerce le droit de grâce[36], préside le conseil des ministres, promulgue les lois, accrédite les ambassadeurs et ratifie les traités internationaux. Mais alors que la Constitution de 1946 exigeait que tous ses actes soient contresignés par le chef du gouvernement, lequel en endossait ainsi la responsabilité, la Constitution de 1958 dispense de ce contreseing une bonne part des actes importants que peut prendre le président. On distingue ainsi entre les pouvoirs qui lui sont dévolus à titre personnel et ceux qui font l'objet d'un partage, ou du moins d'une coopération. Et il faut ajouter à la première de ces catégories les pouvoirs exceptionnels que l'article 16 de la Constitution confère au président en cas de crise grave des institutions.

33. Cette Haute Cour de justice était composée de 24 membres, élus pour moitié en son sein par chacune des deux Chambres.

34. La question s'était posée lors de l'instruction judiciaire concernant la gestion de la mairie de Paris à l'époque où Jacques Chirac était maire de la ville.

35. C'est pourquoi le procès intenté à Jacques Chirac à propos des emplois fictifs de la mairie de Paris, à l'époque où il était maire, n'a pu avoir lieu qu'en 2011. Il a conduit à sa condamnation à deux ans de prison avec sursis pour détournement de fonds publics.

36. Jusqu'à la révision constitutionnelle de 2008, les grâces pouvaient être individuelles ou collectives (ce qui arrivait assez souvent, notamment à l'occasion de la Fête nationale, et permettait de désencombrer les prisons) ; désormais, elles ne peuvent être qu'individuelles.

1. Les pouvoirs propres

Ils ne sont pas très nombreux mais influencent profondément la vie politique du pays.

a) Le président nomme le Premier ministre (article 8 de la Constitution)

Il le choisit naturellement, y compris en période de cohabitation, parmi les leaders du parti qui a remporté les élections législatives (ou, s'il s'agit d'une coalition, du parti qui a obtenu le plus grand nombre de suffrages). Certaines nominations intervenues jusqu'ici s'imposaient donc d'elles-mêmes, comme celles de Jacques Chirac en 1986 et de Lionel Jospin en 1997. D'autres, au contraire, ont procédé d'un choix plus personnel, qu'elles se soient produites juste après les élections ou plus tard : comme exemple du premier cas, on peut citer la désignation d'Alain Juppé en 1995 et de Jean-Marc Ayrault en 2012 ; le second est illustré par celles de Pierre Messmer en 1972 et d'Édith Cresson en 1991.

Le président, aux termes du même article 8, met également **fin aux fonctions du Premier ministre** *« sur la présentation par celui-ci de la démission du gouvernement »*. Sous la IVe République, le chef du gouvernement présentait effectivement cette démission lorsque la majorité de l'Assemblée nationale ne lui accordait plus sa confiance ; et il arrivait que le président la refuse, en demandant à l'intéressé de procéder à des consultations pour former un nouveau gouvernement qui recevrait l'approbation de l'Assemblée. Dans le système actuel, au contraire, la destitution d'un Premier ministre est indépendante du soutien que lui accorde le Parlement, sauf en période de cohabitation ; et si, protocolairement, le Premier ministre rédige une lettre de démission, c'est bien parce que le président lui a fait connaître que tel était son souhait : comment pourrait-il demeurer en fonction si le président préfère collaborer à l'avenir avec une autre personnalité ? Et de fait, plusieurs changements de Premier ministre ont été opérés par les présidents successifs sans qu'une modification de la majorité parlementaire les ait rendus nécessaires.

b) Il a le droit de dissoudre l'Assemblée nationale (article 12)

Ce droit s'exerce après **consultation** du Premier ministre et des présidents des deux Chambres (article 12 de la Constitution). Le cas s'est produit plusieurs fois, soit qu'un président nouvellement élu veuille disposer d'une majorité parlementaire soutenant son programme (comme François Mitterrand en 1981), soit en cas de crise politique survenant à la suite d'événements non prévus (ainsi s'explique la dissolution décidée par le général de Gaulle après mai 1968) ou parce que l'Assemblée nationale a renversé le gouvernement (le général de Gaulle, également, le fit en 1962), soit encore pour des raisons stratégiques, comme Jacques Chirac en 1997. La consultation à laquelle il doit procéder ne lie évidemment pas le président.

Lorsque la dissolution est prononcée, de nouvelles élections doivent avoir lieu dans un délai de vingt à quarante jours et la nouvelle Assemblée se réunit *« de plein droit »* (c'est-à-dire même en dehors des périodes de sessions ordinaires) le deuxième jeudi qui suit. Il ne peut être procédé à une nouvelle dissolution avant un an, ce qui oblige le président, si ces élections lui ont été défavorables, à s'accommoder d'une majorité hostile pendant cette période – voire plus longtemps, car il hésitera sans doute à renouveler l'expérience : tel fut le cas en 1997, où l'équilibre politique fut modifié aux dépens du président pendant cinq ans.

c) Il peut s'adresser aux Chambres (article 18)

Lorsque la situation lui paraît l'exiger, le président peut adresser aux Chambres des **messages** qu'il fait lire[37] et qui ne donnent lieu à aucun débat (article 18). Si le Parlement n'est pas en session, il est spécialement convoqué pour les entendre. Cette procédure est assez rarement utilisée, mais certains présidents nouvellement élus y trouvent un moyen de préciser à l'intention des parlementaires la politique qu'ils entendent suivre.

La révision constitutionnelle de 2008 offre au président une nouvelle possibilité : **prendre la parole** devant le Parlement réuni à cet effet en Congrès (article 18 de la Constitution). Sa déclaration peut faire l'objet, en dehors de sa présence, d'un débat qui n'est suivi d'aucun vote ; comme pour la lecture des messages, les Chambres sont spécialement convoquées si elles ne sont pas en session. Cette disposition a été utilisée deux fois : le 22 juin 2009, par le président Sarkozy à propos de sa politique économique et sociale, puis le 16 novembre 2015, par le président Hollande à propos des mesures à prendre à la suite des attentats du 13 novembre à Paris et Saint-Denis.

d) Il a le droit de recourir au référendum (article 11)

Ce droit, à l'inverse, est plus fréquemment exploité. Il résulte de l'**article 11** de la Constitution et le général de Gaulle s'en servit plusieurs fois[38] (y compris, on l'a vu, pour faire adopter en 1962 la réforme constitutionnelle du mode d'élection du président de la République). Le climat dont il les entourait donnait à ses référendums des allures quelque peu plébiscitaires qui furent vivement contestées et les présidents qui lui ont succédé en usèrent donc beaucoup plus rarement : Georges Pompidou ne l'utilisa que pour faire approuver l'entrée de la Grande-Bretagne dans la Communauté européenne, Valéry Giscard d'Estaing n'y recourut jamais, François Mitterrand le fit à deux reprises sous son second septennat (pour faire approuver, la première fois, l'accord relatif à la Nouvelle-Calédonie et, la seconde, le traité de Maastricht). Jacques Chirac en élargit le champ (voir page 15) mais n'en fit cependant guère usage : si l'on excepte le référendum organisé en 2005 sur le projet de Constitution européenne, la seule consultation qui eut lieu au cours de ses deux mandats successifs concernait la réduction de la durée du mandat présidentiel

37. Conformément à une tradition ancienne, le président ne peut assister aux séances du Parlement, et c'est habituellement le président de chacune des Chambres qui donne lecture du message.

38. Par exemple, en 1962, pour faire adopter les accords d'Évian par lesquels l'Algérie devenait indépendante – mais les électeurs ne devaient donner qu'une seule réponse à deux questions inséparables : approuvaient-ils ou non les accords **et** l'octroi des pleins pouvoirs au général de Gaulle pour les faire appliquer ?

et fut organisée en vertu, non pas de l'article 11, mais de l'article 89 relatif aux révisions constitutionnelles, qui impose au préalable un vote concordant des deux Chambres.

Le référendum est en effet une arme à **double tranchant** : il peut conforter la position d'un président lorsque la question posée reçoit un large assentiment, mais il peut aussi l'affaiblir si la majorité des opinions favorables est courte ou si un nombre important d'abstentions indique, soit le désintérêt du corps électoral à l'égard de la question, soit une désaffection pour le président lui-même ; dans les deux cas, le recours au référendum s'avère être une erreur stratégique. On observe également que des référendums trop fréquents engendrent une certaine lassitude des électeurs qui, parfois, saisissent mal la portée de la question qu'on leur pose, surtout lorsqu'elle porte sur un texte comportant de nombreuses dispositions (ce fut le cas, en particulier, pour le traité de Maastricht et pour le projet de Constitution européenne) et semblent estimer qu'elle aurait pu être tranchée par les assemblées réunies en Congrès : pour l'introduction du quinquennat, notamment (en septembre 2000), on enregistra 70 % d'abstentions et 16 % de bulletins blancs ou nuls[39].

D'autre part, on a dit plus haut (voir page 15) que la révision de 2008 introduit une petite possibilité de référendum à l'initiative conjointe des parlementaires et des électeurs : c'est alors au président de la République qu'il appartiendrait de soumettre la proposition de loi au suffrage populaire.

e) Il dispose de pouvoirs en matière de justice

Le président dispose enfin de pouvoirs importants en ce qui concerne l'organisation et l'activité de la **justice constitutionnelle**. Il nomme en effet trois des neuf membres du Conseil constitutionnel, désigne son président et peut lui déférer les lois et les traités qu'il estime être contraires à la Constitution ; s'agissant des lois, cette faculté pourrait lui être très utile pour contrecarrer les volontés du gouvernement et de l'Assemblée nationale en période de cohabitation.

Par ailleurs, l'article 64 de la Constitution fait du président le *« garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire »* ; il est assisté à cette fin du Conseil supérieur de la magistrature (voir le chapitre 6), auquel il peut demander des avis.

2. Les pouvoirs partagés

Ce sont ceux dans l'exercice desquels le **contreseing du Premier ministre** est requis. Mais la signification de ce contreseing a varié par rapport à celle qui était la sienne sous la IIIe et la IVe Républiques : il manifestait à l'époque que le chef du gouvernement endossait la responsabilité politique des actes pris par le président, il traduit plutôt aujourd'hui la collaboration ou l'assentiment du Premier ministre à ces actes. Dans la mesure où la Constitution énumère limitativement les actes dispensés du contreseing, ceux pour lesquels il est obligatoire sont plus nombreux et forment en quelque sorte le droit commun. L'influence du président sur leur élaboration et leur adoption demeure cependant très importante.

a) Les pouvoirs de nomination

On mentionnera en premier lieu la nomination des **ministres**, qui est officiellement proposée par le Premier ministre mais nécessite évidemment l'accord du président ; la révocation des ministres intervient dans les mêmes conditions. Ensuite celle des plus **hauts fonctionnaires** civils ou militaires **de l'État** (préfets, recteurs d'académie, ambassadeurs, etc.), qui relève du conseil des ministres et fait pareillement l'objet de discussions lorsque l'Élysée et Matignon ont chacun leur candidat. Ce pouvoir de nomination s'exerce très fréquemment lors des changements de majorité, car l'habitude s'est prise de remplacer assez vite les titulaires de fonctions administratives élevées par des personnalités dont l'adhésion aux nouvelles orientations qui seront prises paraît assurée[40].

Enfin, aux termes de l'article 13 de la Constitution, le président de la République *« nomme aux emplois civils et militaires de l'État »*, mais il ne s'agit en fait que des emplois élevés et ne relevant pas d'une désignation en conseil des ministres. La révision de 2008 a introduit une innovation destinée à encadrer le pouvoir de choix du président : les nominations à des fonctions importantes *« pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation »*[41] ne pourront intervenir qu'après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Mais cet avis ne sera réputé négatif que si l'addition des votes émis en ce sens *« représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions »* : il est clair qu'en dehors des périodes de cohabitation, une telle majorité sera difficile à atteindre.

b) La signature des décrets et des ordonnances

Aux termes de l'article 13 de la Constitution, le président *« signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres »* (les décrets, on le verra dans la partie « Droit administratif » de l'ouvrage, sont les actes réglementaires les plus importants ; les ordonnances sont prises, en vertu d'une habilitation donnée par le Parlement au gouvernement, dans des domaines normalement réservés à la loi). On considère habituellement qu'en droit public, le mode indicatif a valeur d'impératif : si le président, en ce cas précis, a compétence pour signer, il est tenu de le faire. Mais certains présidents ont estimé, au contraire, qu'ils pouvaient s'en abstenir s'ils le jugeaient préférable ; c'est ainsi que François Mitterrand, pendant la première cohabitation (1986-1988), a déclaré publiquement qu'il ne signerait pas des ordonnances relatives à la privatisation de 65 groupes industriels ou financiers et au redécoupage

39. Cette situation n'est pas propre à la France : dans les pays qui recourent régulièrement au référendum, comme la Suisse, le taux d'abstention est presque toujours considérable.

40. Ce phénomène, proche dans son principe du *« spoils system »* (système des dépouilles) pratiqué aux États-Unis mais inconnu, par exemple, en Grande-Bretagne, aboutit à une politisation de la haute administration qui a été longtemps très contestée, mais semble maintenant considérée avec un certain fatalisme.

41. La loi organique du 23 juillet 2010 a dressé la liste de ces fonctions.

des circonscriptions électorales parce qu'elles lui paraissaient contraires à l'intérêt du pays. Dans un tel cas, si le gouvernement ne veut pas renoncer à ses projets, il doit demander au Parlement de les adopter par voie législative, ce qui ne va pas toujours sans risque ni retard.

c) Les rapports avec le Parlement

Dans ses rapports avec le Parlement, le président a d'abord le pouvoir de convoquer et de clore des sessions extraordinaires, qui sont généralement motivées par la nécessité de régler un problème urgent (voir page 43). Il peut aussi, lorsqu'une loi qui lui est transmise pour promulgation lui paraît contestable, demander au Parlement une nouvelle délibération, soit sur l'ensemble de la loi, soit sur certains de ses articles, et le Parlement est tenu d'accéder à cette demande (article 10 de la Constitution). Si le Parlement ne modifie pas son texte, le président le promulgue de la même manière que les autres lois, c'est-à-dire dans les quinze jours suivant la transmission qui lui en est faite, sauf s'il décide de le soumettre pour examen au Conseil constitutionnel. Sous cette réserve, à la différence de ce qui s'est produit pour les ordonnances, aucun président n'a encore refusé de procéder à une promulgation.

d) L'initiative d'une révision constitutionnelle

Le président peut prendre l'initiative d'une révision sur proposition du Premier ministre, c'est-à-dire en l'absence d'opposition formelle (mais peu concevable, sauf s'il y a cohabitation) de celui-ci. Lorsque le projet de révision a été voté par les deux assemblées, le président a le choix entre deux voies : soumettre le projet au référendum ou le faire adopter par le Congrès ; dans ce dernier cas, la majorité des trois cinquièmes des suffrages est nécessaire. Le président prend sa décision sur ce point sans qu'une proposition du Premier ministre soit requise, mais ce dernier doit la contresigner.

e) La qualité de chef des armées

En cette qualité, enfin, il *« préside les conseils et comités supérieurs de la Défense nationale »* (article 15). C'est en Conseil de défense, où siègent le Premier ministre et les ministres de la Défense et des Affaires étrangères, que sont prises les décisions les plus importantes. La Constitution indique bien que le Premier ministre est *« responsable de la Défense nationale »* (article 21) et que le gouvernement *« dispose […] de la force armée »* (article 20), mais l'habitude s'est prise d'inclure la défense dans le **« domaine réservé »** du président (c'est à ce titre, par exemple, que le président Hollande a décidé d'envoyer des troupes au Mali en 2013). En cas de circonstances particulièrement graves, d'ailleurs, un décret du 12 juin 1996 (dont on peut se demander s'il est conforme à la Constitution) attribue au président le droit exclusif d'engager les forces nucléaires, sans obligation pour lui de consulter un quelconque organisme, ni d'obtenir le contreseing du Premier ministre.

3. Les pouvoirs de crise

Ils résultent de l'**article 16** de la Constitution, exigé par le général de Gaulle qui s'appuya au cours des travaux préparatoires sur une double référence : d'une part, l'invasion du territoire en juin 1940 et l'impossibilité où s'était trouvé le président de la République de se replier à l'étranger avec des ministres et des parlementaires afin de poursuivre la lutte[42] ; d'autre part, l'institution, dans la Rome antique, du « dictateur » auquel on confiait pendant six mois des pouvoirs spéciaux pour lui permettre de sauver la République.

L'article 16 peut trouver à s'appliquer, aux termes de l'alinéa 1, « lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu ». Il appartient au président de constater que ces conditions sont réunies « après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel ». Cette consultation ne lie pas le président, mais les avis qu'il doit solliciter ont tout de même un certain poids, en particulier celui du Conseil constitutionnel qui est publié au Journal officiel.

Le **général de Gaulle** estima, en avril 1961, que la condition prévue par l'article 16 était remplie : les organes constitutionnels (président, gouvernement, Parlement) fonctionnaient régulièrement, mais un pouvoir insurrectionnel s'étant instauré à Alger, une partie du territoire échappait à leur autorité. Il décida donc de mettre en œuvre les pouvoirs prévus par le texte, qui sont définis de manière très vague et extensive : *« Le président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances […]. Il en informe la Nation par un message. »* On admet généralement que ces pouvoirs lui permettent de prendre des mesures relevant en temps normal de la compétence du gouvernement, du Parlement, voire des autorités judiciaires.

Il s'agit de **pouvoirs** purement **personnels** puisque ni la décision d'y recourir ni les actes auxquels ils donnent lieu ne sont soumis à l'obligation du contreseing. Ils sont néanmoins considérables, car le président pourrait, par exemple, instaurer une censure sur la presse ou interdire les réunions publiques. L'article 16 a donc prévu **deux garanties**.

– En premier lieu, il impose un **objectif** à ces pouvoirs : les mesures prises « doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet ». Mais les avis du Conseil (contrairement à celui qu'il donne avant la mise en œuvre de l'article 16) demeurent confidentiels, et l'opinion publique ne peut donc pas savoir s'ils contiennent des réserves.

– En second lieu, le président doit œuvrer sous le **regard du Parlement** : celui-ci est en effet réuni de plein droit et l'Assemblée nationale ne peut pas être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels. Mais il n'est pas facile pour les parlementaires d'exercer un contrôle effectif sur la finalité réelle des mesures prises et leur adéquation au but recherché : la seule arme dont ils disposent est celle de la mise en cause du président devant la Haute Cour pour manquement à ses devoirs manifestement incompatible

42. Albert Lebrun, alors président, a déclaré plus tard que telle était son intention (il envisageait un départ en Afrique du Nord), mais que la Constitution de la IIIe République ne lui accordait pas l'autorité nécessaire pour imposer ses vues.

avec l'exercice de son mandat ; et outre que cette arme est très lourde à manier, son utilisation ajouterait un surcroît de tension à la crise existante.

En fait, le général de Gaulle a maintenu en vigueur l'article 16 pendant cinq mois, alors que la rébellion des militaires d'Alger avait été jugulée en peu de jours. Il a également utilisé cet article pour suspendre l'inamovibilité des magistrats du siège (c'est-à-dire des juges) que garantit pourtant l'article 64 de la Constitution. Sa « dictature à la romaine » ne s'est certes pas transformée en dictature tout court, et aucun de ses successeurs n'a **jamais recouru** aux pouvoirs exceptionnels. Mais l'exercice d'un pouvoir aussi dépourvu de contrôles que celui qui résulte de l'article 16 a paru inacceptable aux milieux politiques et juridiques, ainsi qu'à une bonne partie de l'opinion. Le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, créé par François Mitterrand et présidé par Georges Vedel, professeur de droit public, proposa dans son rapport déposé en 1993 que les présidents des deux assemblées puissent saisir ensemble le Conseil constitutionnel pour lui demander de constater que les conditions d'application de l'article 16 n'étaient plus réunies. François Mitterrand jugea préférable de supprimer purement et simplement cet article et inscrivit cette réforme dans le projet de révision constitutionnelle qu'il déposa la même année, mais ce projet ne put aboutir.

La **révision** intervenue en **2008** a repris, avec quelques modifications, la proposition du Comité Vedel : après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le président de chacune des assemblées, de même que soixante députés ou sénateurs, peut demander au Conseil constitutionnel de rechercher si les conditions énoncées au premier alinéa de l'article 16 demeurent réunies ; le Conseil se prononce par un avis public, et réitère de plein droit ses investigations trente jours plus tard et *« à tout moment au-delà de cette durée »*. Les pouvoirs détenus par le président de la République ne sont donc pas mis en cause pendant les trente premiers jours, mais on imagine mal qu'il puisse continuer à les exercer si le Conseil, et les parlementaires qui l'ont saisi, estiment publiquement qu'ils n'ont plus lieu d'être.

* * *

Au total, du point de vue des pouvoirs dont dispose le président, le régime a **considérablement évolué** par rapport à 1958. La Constitution instituait un système de type parlementaire : le président était élu au suffrage indirect, l'exécutif était bicéphale et le gouvernement pouvait être renversé par le Parlement. Même en tenant compte de l'instauration du parlementarisme « rationalisé », un relatif équilibre existait entre les principaux pouvoirs publics.

Avec l'élection du président au suffrage universel direct, cet équilibre se modifia en sa faveur. D'abord, parce que sa légitimité démocratique s'accrut, et lui permit de faire mettre en œuvre par le gouvernement et le Parlement le programme qu'il avait soumis aux électeurs pendant sa campagne (par exemple, les 110 propositions de François Mitterrand en 1981). Ensuite, parce que les élections présidentielle et législatives comportent deux tours, ce qui oblige les forces politiques à se regrouper pour le second et favorise la bipolarisation gauche-droite. Le président nouvellement élu dispose généralement par la suite d'une majorité à l'Assemblée nationale (l'un des slogans majeurs utilisés pendant la campagne législative étant souvent *« Donnez une majorité au président »*), le Premier ministre, ainsi que l'ensemble du gouvernement, appartiennent à la même mouvance, et le régime devient alors semi-présidentiel (on parle, dans les milieux juridiques, d'un « présidentialisme à la française »). De plus, lorsque, comme c'était le cas depuis les élections présidentielle et législatives de 2002, la majorité des sénateurs[43] et presque tous les membres du Conseil constitutionnel en font également partie, il ne reste plus guère de contre-pouvoirs institués qui puissent s'opposer au président.

La personnalité de celui-ci joue cependant un grand rôle : avec des soutiens politiques analogues, Jacques Chirac, pendant les deux premières années de son mandat, et Nicolas Sarkozy pendant tout son mandat n'ont pas eu la même conception de leur rôle, notamment par rapport au Premier ministre et au gouvernement. Il semble bien, en outre, que l'instauration du quinquennat ait accru ce qu'on appelle la « vassalisation » du Premier ministre : mais, sur ce point comme sur bien d'autres, la personnalité des acteurs en présence et les conditions politiques générales conservent un rôle important, soit qu'elles accentuent ou qu'à l'inverse, elles relativisent ce phénomène.

En période de cohabitation, au contraire, le président se trouve relativement isolé et ses pouvoirs sont en quelque sorte mis en veilleuse. Cette différence montre à quel point les circonstances politiques influent sur l'application et même sur la vie d'une Constitution. Cependant, la concomitance des mandats parlementaire et présidentiel rend l'hypothèse de cohabitation improbable.

43. Lors des élections sénatoriales de septembre 2011, toutefois, la majorité sénatoriale a été inversée. Les élections de 2014 ont renvoyé une majorité de droite au Sénat et le président socialiste Jean-Pierre Bel a cédé la place à l'UMP Gérard Larcher.

Chapitre 4
Le gouvernement

La Constitution de 1958 ne contient que peu de dispositions relatives au gouvernement dans le titre III qui lui est spécifiquement consacré : il ne compte en effet que quatre articles (alors que le titre II, qui traite du président de la République, en comprend quinze) et deux de ces articles concernent le Premier ministre. Cela ne signifie pas qu'elle accorde peu d'importance au gouvernement : d'une part, elle définit ses compétences en termes très généraux ; d'autre part, une bonne partie de son rôle, notamment dans la procédure législative, ainsi que sa responsabilité devant l'Assemblée nationale figurent dans le titre V, qui traite de ses rapports avec le Parlement.

1. L'organisation du gouvernement et le statut de ses membres

La Constitution a peu innové en ce qui concerne la formation et la composition des gouvernements. Elle a en revanche, contrairement à la tradition antérieure, posé la règle de l'incompatibilité des fonctions de ministre avec l'exercice d'un mandat parlementaire. Et une révision constitutionnelle intervenue en 1993 a rendu plus astreignant le régime de la responsabilité pénale que peuvent encourir les ministres, en donnant aux particuliers le droit de demander que la Cour de justice de la République soit saisie.

1. La formation du gouvernement

On a vu dans le chapitre précédent que le Premier ministre est nommé par le président de la République, que les ministres le sont également mais sur proposition du Premier ministre, et que le président peut mettre fin aux fonctions de l'un comme des autres. Le changement du Premier ministre entraîne en principe celui de l'ensemble du gouvernement, mais il arrive assez souvent que le Premier ministre soit nommé à nouveau et réunisse autour de lui une équipe ministérielle qui n'est pas fondamentalement modifiée : **39 gouvernements** se sont succédé entre janvier 1959 et décembre 2016, mais seulement 22 Premiers ministres[44].

Le **nombre des ministres** n'est fixé par aucune règle et varie en général d'une trentaine à plus de quarante. Il peut résulter soit du souci de faire place à des femmes (elles constituaient la moitié du gouvernement Ayrault en 2012, pourcentage inchangé dans le gouvernement Valls de 2014) ou à des membres de formations politiques faisant partie de la majorité, qui est souvent plurielle, soit de la volonté de constituer des départements ministériels spécialement chargés d'un secteur considéré comme important ou sensible à un moment donné. Les ministères de la Reconstruction qui se sont succédé après la guerre n'existent plus mais les Anciens combattants subsistent, l'Environnement et les Affaires européennes ont fait leur apparition et la Francophonie, ainsi que la Lutte contre l'exclusion, font partie depuis 2012 d'un portefeuille. Bien entendu, les fonctions essentielles de l'État comme les finances, la justice et les relations internationales, sont toujours représentées par un ministère important.

Il existe une **hiérarchie** entre les membres du gouvernement. Le titre de **ministre d'État** est parfois conféré à des personnalités que l'on veut honorer, en raison soit de leur prestige (comme André Malraux, ministre des Affaires culturelles de 1958 à 1969), soit de leur poids politique au sein de la majorité, mais il est purement honorifique et n'existe plus en 2016. Viennent ensuite les ministres proprement dits, qui sont à la tête d'un département et bénéficient de la plénitude des compétences attachées à la fonction. Et tous les gouvernements comprennent des **ministres délégués** ou des **secrétaires d'État** rattachés à un ministre pour prendre en charge une partie de ses attributions. En raison de l'étendue de leur domaine, les départements chargés de l'économie ou des affaires sociales en comptent toujours un ou plusieurs : cela accroît leur importance mais pose parfois aussi des problèmes de coordination interne. Il arrive qu'un secrétariat d'État apparaisse, puis disparaisse ou devienne un ministère (par exemple, l'Enseignement supérieur), ou soit transféré d'un ministère à un autre : ainsi la Recherche a-t-elle été successivement rattachée à l'Industrie, puis à l'Éducation nationale. Mais ni les ministres délégués ni les secrétaires d'État n'assistent au conseil des ministres, excepté lorsqu'ils y sont convoqués parce qu'une affaire relevant de leur compétence est inscrite à l'ordre du jour de la séance. Et ils ne contresignent généralement pas, en dehors de ce cas, les actes réglementaires pris par le président de la République ou le Premier ministre.

2. Les incompatibilités ministérielles

La Constitution de 1958 a instauré, pour la première fois en France, un système d'incompatibilités. Aux termes de l'article 23, en effet, « *les fonctions de membre du gouvernement sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat parlementaire, de toute fonction de représentation professionnelle à caractère national et de tout emploi public ou*

44. Il y a eu, par exemple, quatre gouvernements Pompidou entre 1962 et 1968 (le second ayant été formé immédiatement après que l'Assemblée nationale eut renversé le premier), et trois gouvernements Mauroy entre 1981 et 1984 : le deuxième a été constitué un mois après le premier pour introduire des ministres communistes et le troisième, nommé près de deux ans plus tard, résulte du départ de ceux-ci. Deux Premiers ministres ont duré pendant toute une législature, Lionel Jospin entre 1997 et 2002 et François Fillon entre 2007 et 2012.

de toute activité professionnelle ». L'**interdiction du cumul avec une profession** s'explique naturellement par le souhait de voir les ministres se consacrer entièrement à leurs fonctions, et l'incompatibilité avec un mandat syndical de haut niveau par le fait qu'ils ne doivent pas être mus par des logiques parfois contradictoires. Mais l'**incompatibilité avec un mandat parlementaire**, qui vise à renforcer la solidarité gouvernementale, contraste avec la pratique antérieure selon laquelle les ministres étaient le plus souvent choisis parmi les membres de l'une ou l'autre Chambre et cessaient simplement d'y siéger tant qu'ils demeuraient en fonction.

Il résultait de cette double appartenance que certains d'entre eux, lorsqu'ils se trouvaient en désaccord avec un aspect de la politique du gouvernement, démissionnaient sans risque, puisqu'ils retrouvaient *ipso facto* leur siège, mais entraînaient parfois par cette démission la chute du gouvernement. Désormais, un parlementaire nommé ministre dispose d'un mois pour choisir entre ses deux fonctions ; au terme de ce délai, s'il ne renonce pas à rester membre du gouvernement, il est automatiquement remplacé au Parlement par son suppléant, qui a été élu en même temps que lui. Mais, depuis la révision de 2008, s'il quitte ses fonctions ultérieurement, il retrouve son siège, ce qui constitue pour lui une grande commodité (avant la réforme, même si le suppléant, par loyauté politique, se démettait en sa faveur, il fallait procéder à une nouvelle élection dans la circonscription, ce qui n'allait pas toujours sans risque pour la majorité)[45].

Certains chefs de gouvernement, en particulier Lionel Jospin, ont tenté de **renforcer le régime** d'incompatibilités en interdisant à leurs ministres de cumuler leurs fonctions avec un mandat local important, comme celui de président d'un conseil régional ou général ou de maire d'une grande ville. L'opinion publique se montrait en effet défavorable au cumul des mandats, dans lequel elle voyait – non sans raison – la source d'une professionnalisation de la vie politique peu conforme aux idéaux démocratiques. Mais les ministres, sachant que leurs fonctions ne sont pas éternelles, hésitent parfois à couper leurs amarres locales : lorsque certains d'entre eux ont accepté de renoncer à leur mandat de maire, ils se sont fait nommer premier adjoint. Depuis décembre 2015, il n'y a plus de ministre président d'un conseil départemental. En revanche, Jean-Yves Le Drian, ministre de la Défense depuis 2012, a été réélu président du conseil régional de Bretagne.

On relèvera que les fonctions de ministre ne sont pas incompatibles avec celles de président d'un parti politique.

Enfin, une loi du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique impose aux membres du gouvernement la publication des intérêts qu'eux-mêmes ou leurs conjoints détiennent, ainsi que la divulgation de leur patrimoine. La loi s'applique également aux collaborateurs des cabinets ministériels.

45. Pour des raisons de moralité électorale, toutefois, le suppléant ne pouvait pas se présenter contre lui, même si sa démission lui avait été plus ou moins extorquée.

La Cour de justice de la République

La Cour de justice de la République, aux termes de l'article 68-2 de la Constitution, est composée de quinze juges, dont douze parlementaires élus pour moitié en leur sein par chacune des deux Chambres, et trois magistrats de la Cour de cassation ; l'un de ces derniers exerce la fonction de président. Les particuliers ont le droit de saisir la Cour mais, pour éviter les saisines abusives, leurs demandes sont soumises à un double filtrage :
– elles doivent être adressées à une Commission des requêtes composée de sept magistrats extérieurs à la Cour, et qui peut décider soit de les classer, soit d'y donner suite ;
– dans le second cas, elle les transmet à une commission d'instruction formée de trois magistrats. Si cette commission estime que les actes reprochés aux ministres constituent effectivement des infractions pénales, elle en saisit la Cour de justice. Celle-ci peut prononcer soit un acquittement, soit une condamnation ; en ce cas, elle est liée par la qualification des infractions et l'échelle des peines prévues par le Code pénal[1]. Ses décisions peuvent faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation.

Il faut relever que la Cour a compétence pour condamner, mais pas pour accorder des dommages et intérêts aux victimes : celles-ci, pour les obtenir, devront donc s'adresser par la suite aux tribunaux ordinaires, ce qui peut être considéré comme une faille du système. La possibilité de saisine simultanée de la Cour de justice et des tribunaux ordinaires sur différents aspects d´une même affaire (Karachi ou Tapie) entraîne des risques d´incohérence et d´injustice, et brouille sa compréhension.

1. La Cour de justice de la République s'est déjà réunie plusieurs fois. Appelée à juger les trois anciens ministres dont l'inaction avait été contestée dans l'affaire dite « du sang contaminé », elle a prononcé l'acquittement de deux d'entre eux ; le troisième, reconnu coupable, a été dispensé de sa peine. En revanche, en juillet 2004, l'ex-secrétaire d'État Michel Gillibert a été condamné à la prison avec sursis pour escroquerie. En 2010, la Cour a statué sur le cas de Charles Pasqua, poursuivi pour trois affaires d'abus de biens sociaux : elle a décidé la relaxe pour deux de ces affaires et une condamnation pour la troisième ; la Cour de cassation a confirmé les trois décisions. En décembre 2016, Christine Lagarde, mise en examen pour négligence en raison des conditions dans lesquelles elle avait géré en 2008 les suites de l'arbitrage par lequel Bernard Tapie avait été indemnisé du préjudice dont il estimait avoir été victime dans l´affaire Adidas, a été jugée coupable de négligence mais dispensée de peine. La Cour enquête également sur Édouard Balladur et François Léotard, mis en cause dans l´affaire Karachi (versement supposé de rétro-commissions lors d´une vente d´avions au Pakistan).

3. La responsabilité pénale des ministres

Dans le système originel de 1958, les ministres, de même que le président de la République, ne pouvaient voir leur responsabilité pénale mise en jeu pour des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions que devant la Haute Cour de justice, selon une procédure difficile à déclencher et à laquelle les particuliers lésés par ces actes n'avaient pas accès (voir page 29). Mais, contrairement à ce qui s'est produit pour le président de la République, la mise en œuvre de leur **responsabilité** a été rendue plus aisée

par une révision constitutionnelle intervenue en 1993 et créant la **Cour de justice de la République**. L'affaire du « sang contaminé » n'est pas étrangère à cette modification : l'opinion publique s'était en effet indignée de voir que les médecins ayant pratiqué les transfusions pouvaient être poursuivis, mais pas les ministres qui les avaient interdites trop tard. Les ministres sont donc nettement moins protégés que le président de la République, d'autant plus qu'ils demeurent soumis au droit commun de la responsabilité pénale pour les actes antérieurs à leur prise de fonction ou extérieurs à celle-ci : ils peuvent être mis en examen pendant ou après leur appartenance au gouvernement, et être condamnés (un ancien secrétaire d'État l'a été pour détournement de fonds).

2. Les attributions du gouvernement

La Constitution distingue, dans ses articles 20 et 21, les compétences qu'elle attribue à l'ensemble du gouvernement de celles qu'elle confère à titre personnel au Premier ministre. Les unes et les autres sont étendues ; le gouvernement dispose donc de collaborateurs proches et de services spéciaux pour les assumer.

1. Les compétences attribuées à titre personnel au Premier ministre

Aux termes de l'article 21, *« le Premier ministre dirige l'action du gouvernement. Il est responsable de la Défense nationale. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires. »*

– La première phrase de cet article fait du Premier ministre le **chef** de l'équipe ministérielle. Cela implique, on l'a vu, un pouvoir de choix des ministres partagé avec le président de la République, mais aussi la possibilité de leur adresser des **instructions** pour la mise en œuvre, dans le secteur dont ils ont la charge, des orientations préalablement définies. Cela implique également un pouvoir d'**arbitrage**, au moment de la préparation du budget, entre les crédits demandés par les ministres et ceux que le ministre des Finances propose de leur accorder : la différence est souvent importante et donne lieu à des discussions serrées. Par ailleurs, une coordination doit être assurée entre l'action des différents ministres : elle est généralement opérée au moyen de réunions sectorielles ou de séminaires gouvernementaux.

Ces pouvoirs n'excluent pas une certaine **latitude d'action** des ministres. Chacun d'eux est responsable de l'action de son département, et dispose du pouvoir d'adresser aux agents qui en font partie des instructions relatives à la ligne de conduite qu'ils devront suivre et aux décisions qui les concrétiseront : le ministre de l'Éducation nationale, par exemple, imprime sa marque par les réformes qu'il apporte aux programmes ou aux horaires des classes et par les « circulaires de rentrée » qu'il élabore chaque année à l'intention des recteurs. Lorsque des difficultés graves se produisent, toutefois, le Premier ministre se saisit du dossier pour tenter, en collaboration avec le ministre, de trouver une solution : il en est ainsi, notamment, en cas de conflits sociaux.

– Certaines des **compétences** citées dans l'article 21 sont plus ou moins **partagées** avec le président de la République. On l'a vu au chapitre précédent pour ce qui concerne la défense nationale ; il en va de même pour les **nominations** qui doivent être décidées en conseil des ministres et les décrets qui y sont délibérés : les unes et les autres doivent être en effet signés par le président. Le domaine de compétence du Premier ministre n'en est pas pour autant épuisé : les emplois pourvus en conseil des ministres sont relativement peu nombreux et les décrets que ce dernier adopte ne suffisent pas, loin de là, à assurer l'exécution des lois, c'est-à-dire à préciser les règles qu'elles contiennent et à prendre les dispositions nécessaires à leur mise en œuvre effective.

Par ailleurs, à ces décrets « d'exécution » s'ajoutent ceux que le Premier ministre peut prendre dans l'exercice du **pouvoir réglementaire** autonome que lui attribue l'article 37 de la Constitution (voir page 45) : au total, les décrets qui ne sont pas pris en conseil des ministres représentent environ 90 % de l'ensemble. Le Premier ministre ne peut, toutefois, les édicter sous sa seule signature : le **contreseing** des ministres chargés d'en assurer l'application est toujours requis.

Le Premier ministre dispose également de pouvoirs qui ne sont pas mentionnés dans l'article 21, mais dans d'autres parties du texte, en particulier celle qui a trait au Parlement. Il joue ainsi un grand rôle dans la **procédure législative** (voir le chapitre 5) : c'est lui qui signe les projets de loi au nom du gouvernement et les fait déposer devant les assemblées ; et si les débats parlementaires auxquels ils donnent lieu se déroulent habituellement en présence des ministres compétents, qui peuvent accepter ou refuser les amendements proposés, le Premier ministre intervient presque toujours pour les projets importants ou qui soulèvent des oppositions. Il peut également déférer une loi adoptée au Conseil constitutionnel.

En dehors de la procédure législative, il a compétence, après délibération du conseil des ministres, pour engager la **responsabilité** du gouvernement devant l'Assemblée nationale. Il donne aussi son avis au président de la République sur l'opportunité d'une dissolution de l'Assemblée, et peut lui proposer d'entreprendre une révision constitutionnelle ou de convoquer le Parlement en session extraordinaire. En cas d'indisponibilité temporaire du président, il a le pouvoir de le suppléer au conseil des ministres, mais seulement en vertu d'une délégation expresse et sur un ordre du jour déterminé.

2. Les compétences dévolues au gouvernement

Ces compétences sont importantes même si le Premier ministre et, en dehors des périodes de cohabitation, le président de la République, ne demeurent pas étrangers à leur exercice. L'article 20 de la Constitution les définit en termes très généraux : *« Le gouvernement détermine et*

conduit la politique de la Nation. Il dispose de l'administration et de la force armée.»

La collégialité se manifeste par le fait que de nombreuses décisions prises en application du programme gouvernemental sont préparées et discutées au cours de réunions **interministérielles** ou en **conseil des ministres**. Ce dernier tient une séance chaque mercredi à l'Élysée, sur un ordre du jour connu à l'avance. C'est là que sont adoptés les projets de loi et qu'il est éventuellement décidé de demander au Parlement de les examiner suivant la procédure d'urgence. C'est là aussi que sont débattues, indépendamment de l'examen de textes particuliers, les orientations qu'il paraît utile de donner à la politique générale du pays ; ces débats ont souvent lieu à la suite de communications faites par les ministres.

Le conseil des ministres dispose par ailleurs de pouvoirs **exceptionnels**, prévus pour les cas dans lesquels il semble nécessaire d'agir vite ou s'il s'avère indispensable de faire face à une crise. Par ordre de gravité croissante, on mentionnera d'abord le droit, sur habilitation du Parlement, de prendre par **ordonnance** des mesures qui sont normalement du domaine de la loi (article 38 de la Constitution). Vient ensuite le droit de déclarer l'**état d'urgence** (loi du 3 avril 1955) qui renforce les pouvoirs de maintien de l'ordre dont disposent les forces de police ; il a été utilisé pendant une grande partie de la guerre d'Algérie, de 1955 à 1962, puis en Nouvelle-Calédonie, en 1984, et en 2005 à l'occasion des incidents survenus dans des banlieues. Fin 2016 il est en vigueur[46], à la suite de plusieurs prorogations, depuis la loi du 20 novembre 2015 votée après les attentats commis à Paris et à Saint-Denis le même mois[47]. On mentionnera enfin l'**état de siège**, qui transfère les pouvoirs de police aux autorités militaires si la sécurité du territoire paraît être en péril par suite d'une insurrection. Toutefois, l'état de siège comme l'état d'urgence ne peuvent durer plus de douze jours sans autorisation expresse du Parlement.

C'est aussi le conseil des ministres qui décide de faire intervenir les forces armées à l'étranger (comme cela a été le cas, par exemple, en Afghanistan ou, en 2013, au Mali), mais il doit dans les trois jours préciser au Parlement les objectifs poursuivis. Cette information peut donner lieu à un débat sans vote ; le Parlement doit autoriser la prolongation de l'intervention lorsque la durée de celle-ci a dépassé quatre mois. Enfin, il appartient au conseil des ministres de décréter la **mobilisation** générale, mais le droit de déclarer la guerre n'appartient qu'au Parlement.

Il peut paraître difficile de distinguer entre les pouvoirs respectifs du conseil des ministres, du président de la République, du Premier ministre et du Parlement : ils sont, en effet, souvent partagés et parfois enchevêtrés. Une pratique déjà longue de ces pouvoirs (ils existent pour la plupart depuis plus d'un siècle, bien que leur répartition n'ait pas toujours été la même) suffit cependant à ce qu'ils s'exercent sans que se posent des problèmes majeurs de délimitation des frontières. Et lorsque les majorités présidentielle et parlementaire coïncident, les accords formels ou informels entre leurs titulaires respectifs sont aisément obtenus : dans la pratique actuelle, on constate d'ailleurs souvent que les conseillers du président de la République ont une influence sur la conduite des affaires qui dépasse nettement celle des membres du gouvernement.

3. Les collaborateurs et les services du gouvernement

a) Les cabinets ministériels

De même que le président de la République, le Premier ministre et chacun des ministres disposent d'un cabinet, composé de personnes qu'ils choisissent librement et qui appartiennent presque toujours à leur mouvance politique[48]. Ces personnes constituent leur entourage le plus proche et jouent en quelque sorte le rôle d'une courroie de transmission entre eux et leur administration ; leurs fonctions étant ainsi de nature à la fois personnelle et politique, elles prennent fin en même temps que celles du ministre ou du gouvernement.

Le cabinet du **Premier ministre** est toujours très étoffé : une soixantaine de personnes, réparties par grands secteurs d'activité, suivent l'activité des ministères en liaison avec les responsables de ceux-ci, ou bien s'occupent des relations avec le Parlement, le monde syndical et la presse. Leur influence sur la conduite des affaires est grande, notamment lorsqu'il faut effectuer des **arbitrages** entre ministères aux vues opposées ; le directeur du cabinet, qui encadre les conseillers, assiste quotidiennement le Premier ministre et le supplée parfois pour présider des réunions importantes, est l'un des tout premiers personnages de l'État.

Les cabinets des **membres du gouvernement** sont plus légers : un décret de 1948 limitait le nombre de leurs membres à dix pour les ministres et sept pour les secrétaires d'État, mais il n'était guère respecté ; de plus, aux côtés de ces membres dont l'arrêté de nomination est publié au *Journal officiel* existaient de nombreux membres «officieux», généralement mis à disposition par les ministères. Une circulaire du Premier ministre, en juillet 2010, puis une autre, en juin 2012, ont imposé à nouveau une limite (vingt conseillers par ministre et quatre par secrétaire d'État) mais elles n'ont pas été mieux respectées[49]. De même que leurs homologues de Matignon, les conseillers sont respectivement chargés d'un secteur d'activité correspondant aux compétences d'une ou plusieurs des directions du ministère[50]. Leurs fonctions sont très utiles

46. Saisis de recours contre plusieurs mesures d'application de l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État les ont en majorité validées.

47. Le comité Vedel, puis le comité Balladur avaient proposé la constitutionnalisation de l'état d'urgence. Le président Hollande a repris cette idée en novembre 2015 et un projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation a été proposé en ce sens au conseil des ministres en décembre. Ce texte a été voté successivement par l'Assemblée nationale et le Sénat mais dans des termes très différents. Devant l'impossibilité d'obtenir un accord, le projet a été abandonné en mars 2016.

48. Voir aussi la partie «Droit administratif», page 72.

49. En mai 2016, le plafond était dépassé de 26 % en général, et de 75 % à Bercy. Dans presque tous les ministères, il existe des chargés de mission qui font fonction de conseillers.

50. À l'exception de ceux qui ont des attributions «horizontales» comme les relations publiques ou la politique sociale du département.

pour infléchir l'action de ces directions dans le sens souhaité par le ministre, mais elles limitent parfois à l'excès les contacts directs que celui-ci doit avoir avec les principaux responsables de l'administration dont il a la charge (impression que l'on exprime parfois en disant que le cabinet doit être une « coupole » et non pas un « écran »).

b) Les services assurant la coordination interministérielle

Deux services, qui jouent un rôle administratif plutôt que politique, assument un rôle de coordination. Le plus important est le **Secrétariat général du Gouvernement**, composé de fonctionnaires permanents, qui entretient des contacts constants avec l'Élysée, Matignon et les différents ministères pour préparer les projets de lois et de décrets, parfois en organisant les réunions interministérielles nécessaires, toujours en veillant à la régularité juridique des textes (c'est pourquoi le Secrétaire général du gouvernement est choisi parmi les conseillers d'État). Il assure aussi le secrétariat du conseil des ministres, suit l'exécution des décisions qui y sont prises et s'occupe de la publication au *Journal officiel* des textes pour lesquels cette publication est requise. Il est un élément important de la continuité de l'État, et son rôle s'avère tout particulièrement précieux lors des changements de président de la République ou de Premier ministre, y compris au sein d'une même famille politique. Enfin, il exerce des pouvoirs de tutelle et de coordination des services du Premier ministre.

Le **Secrétariat général des affaires européennes** (SGAE), pour sa part, assure la coordination des positions prises par les ministres ou leurs représentants lors des négociations européennes. Il joue aussi auprès d'eux, ainsi qu'auprès du Parlement, un rôle d'information sur les textes communautaires en préparation.

Chapitre 5
Le Parlement

Le Parlement est divisé en deux Chambres : l'Assemblée nationale et le Sénat. Le bicaméralisme permet en effet de représenter d'une part le peuple pris dans son ensemble, d'autre part des collectivités territoriales intermédiaires entre lui et l'État[51]. Cela explique qu'il soit particulièrement usité dans les États fédéraux ; mais les États unitaires y recourent également, car l'existence de deux Chambres qui ne sont pas composées de la même manière permet souvent d'enrichir la réflexion dans le processus d'élaboration des lois.

L'Assemblée nationale et le Sénat se ressemblent par leur organisation et le statut de leurs membres, mais des différences notables les séparent en ce qui concerne leur mode d'élection et les pouvoirs qui leur sont reconnus. L'Assemblée nationale, seule élue au suffrage universel direct, est aussi la seule Chambre qui peut renverser un gouvernement et elle a un rôle prépondérant dans l'adoption des lois.

1. La composition et l'organisation des Chambres

L'Assemblée nationale comprend nettement plus de membres que le Sénat[52] : les **députés** sont au nombre de 577, dont 27 représentent les départements et territoires d'outre-mer[53], mais il n'y a que 348 **sénateurs** (21 d'entre eux représentent l'outre-mer et 12 les Français résidant à l'étranger)[54]. La durée des mandats diffère également : les députés sont élus tous les cinq ans et l'Assemblée est renouvelée intégralement ; le mandat sénatorial, qui était traditionnellement de neuf ans, a été réduit à six ans en 2003, un renouvellement par moitié ayant lieu tous les trois ans. Et si la condition des parlementaires est la même dans l'une et l'autre Chambres, qu'il s'agisse de leur situation personnelle ou de leur mode de travail, la manière dont ils sont désignés est très dissemblable.

1. Le mode d'élection

a) L'élection des députés

Ils sont élus au suffrage **universel direct** : le territoire national est divisé en **circonscriptions** électorales dans lesquelles un seul siège est à pourvoir par l'ensemble des électeurs[55]. Le **découpage** de ces circonscriptions est préparé par le ministre de l'Intérieur et adopté par une loi. Il doit obéir au principe démocratique, rappelé par le Conseil constitutionnel en 1986 puis en 2005, suivant lequel le nombre d'électeurs de chaque circonscription ne saurait être sensiblement différent : c'est pourquoi, pour tenir compte de l'évolution démographique du pays, un réexamen des circonscriptions a lieu après le deuxième recensement général de la population qui suit la dernière élection. Quelques disparités sont cependant admises, car il faut aussi éviter que les circonscriptions rurales soient trop étendues[56]. Mais le découpage sur lequel ont eu lieu les élections de 2007 excédait largement ces limites, puisqu'il datait d'une loi de 1986, fondée sur le recensement de 1982 : en 25 ans, la démographie s'était notablement modifiée, comme l'indiquaient déjà les recensements de 1990 et 1999, et il devenait impératif de modifier la loi si l'on voulait éviter que se reproduise la situation qui prévalait avant 1981[57] et que le Conseil constitutionnel n'annule les prochaines élections.

Le gouvernement Fillon (2007-2012) a donc entrepris d'élaborer un nouveau découpage[58]. Conformément au dispositif prévu dans la nouvelle rédaction de l'article 25 de la

51. D'autres formes de représentation sont également possibles : ainsi la Chambre des Lords britannique était-elle primitivement réservée aux nobles, et les Chambres corporatistes des régimes de type fasciste, comme l'Italie de Mussolini ou le Portugal de Salazar, représentaient les organisations professionnelles.

52. On relèvera que la révision de 2008 a inscrit pour la première fois dans la Constitution le nombre maximum de parlementaires.

53. La révision de 2008 prévoyait que les Français résidant à l'étranger seraient également représentés : le nombre de ces sièges ayant été fixés à onze par une loi organique, le territoire national ne comprend plus que 566 circonscriptions.

54. Pour remédier aux disparités de représentation au profit des zones rurales, la loi organique du 30 juillet 2003 avait créé vingt-cinq sièges supplémentaires pour les départements métropolitains sous-représentés. Mais l'application de cette loi a été progressive : les nouveaux sièges n'ont été tous pourvus qu'après le renouvellement de 2011.

55. Les bulletins de vote comportent cependant deux noms : celui du candidat et celui de son suppléant. Si l'électeur en biffe un ou modifie leur ordre, son vote sera considéré comme nul.

56. Toutefois, en janvier 2009, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à l'égalité devant le suffrage la règle traditionnelle fixant à deux le nombre minimum de députés par département, quelle que soit la population de celui-ci.

57. L'une des circonscriptions de la Lozère, par exemple, comptait environ 26 000 électeurs, tandis que l'une de celles de l'Essonne en regroupait 187 000.

58. On observera que la France est l'une des rares démocraties occidentales qui confient ce soin au gouvernement : pour assurer la nécessaire neutralité de l'opération, de nombreux pays (par exemple, la Grande-Bretagne, le Canada, l'Allemagne et l'Italie) en chargent une commission indépendante à la fois du gouvernement et de la majorité parlementaire.

Constitution, il a été soumis pour avis à une commission indépendante, dont une loi a fixé la composition et les règles de fonctionnement et dont l'avis a été rendu public[59]. Le découpage a ensuite été décidé par une ordonnance de 2009, validée par une loi de ratification du 23 février 2010.

Depuis la loi du 6 juin 2000, adoptée pour accroître l'**accès des femmes** aux fonctions électives, si les partis politiques présentent moins de femmes que d'hommes, l'aide publique dont ils bénéficient est réduite en proportion de l'écart constaté. À la suite de cette réforme, le nombre des femmes élues à la députation s'est accru lors des scrutins de 2002, puis de 2007 (on en dénombrait alors 107), et surtout lors du scrutin de 2012 (155 femmes élues, soit 27 % environ des députés), mais il demeure encore faible[60] et surtout très inégal selon la formation politique (106 députées au PS et 27 à Les républicains).

Le scrutin est **majoritaire à deux tours**. L´âge d´éligibilité est fixé à dix-huit ans révolus ; nul ne peut être candidat dans plusieurs circonscriptions. Pour être élu au premier tour, un candidat doit obtenir la majorité absolue des voix, et cette majorité doit représenter au moins un quart des électeurs inscrits. Si ces conditions ne sont pas réunies, il y a « ballottage » et un second tour est organisé le dimanche suivant. Peuvent seuls s'y présenter les candidats ayant obtenu au moins 12,5 % des voix au premier tour ; mais, pour que les élections correspondent véritablement à un choix, si un seul des candidats y a réussi, celui qui est arrivé immédiatement après lui a le droit de se maintenir[61]. La majorité relative suffit pour être élu, c'est-à-dire qu'on ne tient pas compte du pourcentage des suffrages obtenus : celui des candidats qui recueille le plus grand nombre de voix remporte le siège.

b) L'élection des sénateurs

Ils sont désignés de manière totalement différente. L´âge d´éligibilité est fixé à vingt-quatre ans révolus. Le scrutin est **indirect**, c'est-à-dire organisé dans chaque département au sein d'un **collège** composé des députés, des conseillers régionaux et départementaux, et surtout de délégués des conseils municipaux qui représentent à eux seuls plus de 90 % des membres du collège et qui ont l'obligation de voter. Le nombre de ces délégués varie suivant l'importance de la commune : il va de un à quinze si celle-ci compte moins de 9 000 habitants, mais comprend des délégués supplémentaires s'ajoutant aux conseillers municipaux dans les villes qui en ont au moins 30 000. Le nombre des sénateurs à élire dans chaque département varie également : il s'échelonne de un à douze suivant l'importance de la population.

Les disparités de représentation sont cependant considérables, tant au sein du collège que par rapport à la démographie nationale, et elles avantagent beaucoup les zones rurales : d'une part, les communes petites ou moyennes ont environ un délégué pour 400 habitants, tandis que les grandes villes n'en ont qu'un pour 1 000 ; d'autre part, il y a en Corse un sénateur pour 70 000 habitants, mais seulement un pour 246 000 dans les Bouches-du-Rhône. Pour atténuer ces disparités, une loi du 2 août 2013 augmente la représentation des grandes villes, en accordant à celles qui ont plus de 30 000 habitants un délégué supplémentaire par tranche de 800 habitants au lieu de 1 000 jusqu'ici.

Les divers modes de scrutin

– Le scrutin *uninominal* est utilisé lorsqu'un seul siège est à pourvoir dans une circonscription électorale plus ou moins étendue : c'est le cas, par exemple, pour l'élection des députés ou du président de la République.

– Le scrutin *de liste* s'applique lorsque plusieurs sièges sont à pourvoir dans une même circonscription et que les candidats sont regroupés par affinités politiques : par exemple, pour l'élection des conseils municipaux.

– Le scrutin est *majoritaire* lorsque, dans chaque circonscription, le ou les sièges à pourvoir sont attribués au candidat ou à la liste arrivés en tête, soit au premier tour comme en Grande-Bretagne, soit au second comme en France. Il a pour ambition de favoriser la constitution de majorités stables au sein des assemblées ; mais il conduit à la réduction du nombre des partis représentés et ne garantit donc pas la justice électorale, dans la mesure où il favorise les grands partis au détriment des autres. Il s'applique notamment, en France, à l'élection des députés.

– Le scrutin est dit *proportionnel* lorsque les sièges sont attribués au prorata des suffrages obtenus par les listes (c'est le cas, en France, pour une partie des élections sénatoriales). Ses avantages et ses inconvénients sont inverses de ceux du scrutin majoritaire : il représente mieux les diverses tendances de l'opinion, mais favorise la multiplication des partis ; et il rend plus difficile la constitution de majorités stables.

Le scrutin uninominal est toujours majoritaire, tandis que le scrutin de liste peut s'accommoder aussi bien du principe majoritaire que de la représentation proportionnelle.

Aux élections de 2011, le scrutin était majoritaire dans les départements disposant au maximum de trois sièges. À la suite des propositions de la commission Jospin[62], la loi du 2 août 2013 a ramené ce chiffre à deux. Le mode de scrutin a donc changé dans 25 départements lors du renouvellement partiel de 2014. La loi du 6 juin 2000 sur la parité hommes-femmes s'applique également aux élections sénatoriales, mais selon des modalités différentes : les règles posées pour l´Assemblé nationale s´appliquent aux départements dans lesquels le scrutin est majoritaire :

59. Cette commission est composée de trois membres appartenant respectivement au Conseil d'État, à la Cour de cassation et à la Cour des comptes, désignés par leurs collègues, et de trois autres membres nommés par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale et celui du Sénat. Mais aucune garantie de pluralisme politique de la commission n'a été prévue.

60. Certains partis, en effet, ont préféré renoncer à une partie de la subvention ou ont présenté la plupart de leurs candidates dans des circonscriptions qu'elles n'avaient aucune chance de remporter. Il en résulte que la France est très mal placée sur le plan de la parité, non seulement en Europe, mais aussi dans le reste du monde.

61. Et dans l'hypothèse où aucun candidat n'aurait atteint le seuil de 12,5 %, les deux premiers pourraient se présenter.

62. Commission composée d'hommes politiques et d'experts, mise en place en 2012 par François Hollande pour réfléchir à la rénovation de la vie politique.

le candidat et son suppléant doivent être de sexe différent. Les listes de candidats qui se présentent dans les autres départements doivent être composées alternativement d´une personne de chaque sexe ; le nombre de femmes élues dépend donc de leur place sur la liste. Mais, pour sauver les sièges de leurs sortants, certains partis n´hésitent pas à contourner les règles de la parité. C´est ainsi que, lors du renouvellement de 2014, dans cinq départements « sûrs », l´UMP a placé ses sortants à la tête de deux, voire trois listes différentes, bénéficiant de son soutien officiel ou de sa bénédiction tacite, pour leur éviter la concurrence féminine. Fin 2014, on comptait 87 sénatrices, soit 25,1 % de l´effectif.

À la différence de celle des députés, l'élection des sénateurs ne passionne guère l'opinion[63], d'abord parce que le scrutin est indirect, ensuite parce que le Sénat n'a pas un rôle majeur dans la détermination de la politique du pays. La campagne se joue essentiellement au niveau local et au sein des élus locaux. Deux traits rapprochent toutefois les deux élections : tous les candidats doivent avoir un suppléant et la régularité des opérations électorales peut être contestée devant le Conseil constitutionnel[64].

2. Le statut des parlementaires

Les conditions d'**éligibilité** sont peu nombreuses : il faut avoir 18 ans pour devenir député et 24 ans pour devenir sénateur, posséder dans les deux cas la nationalité française et jouir de ses droits civiques. La perte de ces droits civiques en cours de mandat entraîne la déchéance du parlementaire, constatée par le Conseil constitutionnel, comme ce fut le cas en septembre 2014 pour le sénateur Gaston Flosse. Mais il existe des **inéligibilités relatives** : certains fonctionnaires d'autorité (préfets, commissaires de police, magistrats) ne peuvent se présenter dans les circonscriptions où ils exercent, et cette inéligibilité persiste pendant six mois à compter de la fin de leurs fonctions. Pour éviter qu'une personne inéligible soit néanmoins élue, l'enregistrement des candidatures à la préfecture est obligatoire : si le préfet constate un motif d'inéligibilité, il doit saisir le tribunal administratif qui a trois jours pour se prononcer.

Les règles relatives aux **campagnes électorales** sont analogues à celles qui régissent l'élection présidentielle en ce qui concerne le plafonnement des dépenses, les émissions de radio et de télévision, et les sondages d'opinion.

Une fois élus, les parlementaires sont soumis à un **statut** qui comporte à la fois des contraintes et des prérogatives : les premières tendent à garantir qu'ils se consacreront véritablement à leurs fonctions, les secondes à les protéger dans l'exercice de leur mandat.

a) Les contraintes

- **Les incompatibilités**

Il faut citer en premier lieu les incompatibilités **avec d'autres occupations** : à la différence des inéligibilités, elles n'empêchent pas l'élection d'un candidat mais l'obligent, après cette élection, à opter entre elles et l'exercice de son mandat. Ce mandat est ainsi incompatible avec d'autres fonctions électives : un parlementaire ne peut être en même temps membre des deux Chambres ou élu au Parlement européen. L'incompatibilité vise aussi la **fonction publique**, pour éviter que les parlementaires fassent l'objet de pressions émanant du gouvernement dont dépend en partie la carrière des fonctionnaires. Toutefois, un fonctionnaire élu au Parlement n'est pas tenu de démissionner : il est simplement placé en position de détachement, ce qui lui permettra de retrouver son emploi s'il n'est pas réélu (cette facilité explique qu'un grand nombre de députés soient issus de la fonction publique).

D'autres incompatibilités concernent des fonctions **privées**, comme celles de dirigeant ou conseil d'une entreprise relevant d'une collectivité publique, ou recevant des subventions de celle-ci, ou exécutant des travaux pour son compte : c'est le souci de prévenir les collusions d'intérêts qui est ici prédominant. L'exercice d'autres professions (agriculteur, médecin, notaire…) est autorisé, mais des restrictions sont apportées aux activités des avocats, qui ne peuvent plaider ni devant les juridictions répressives ni, de manière générale, contre les personnes publiques.

- **La limitation du cumul des mandats**

C'est la deuxième contrainte. De nombreux parlementaires exerçaient parallèlement plusieurs fonctions électives au niveau local (membre, voire président d'un conseil général ou régional, maire), ce qui absorbait une grande partie de leur temps et aboutissait à une **professionnalisation** de la vie politique souvent critiquée. Deux lois organiques, respectivement votées en 1985 et en 2000, avaient donc limité la possibilité de cumul à un seul des mandats locaux importants[65]. Mais, si le nombre des mandats cumulables a été réduit, celui des parlementaires qui cumulaient n'a pas baissé : moins de 10 % des députés ne détenaient pas de mandat local et ce chiffre très faible explique en partie l'absentéisme, régulièrement déploré, lors des séances.

La **suppression du cumul** des mandats était une promesse de campagne du candidat Hollande. Malgré les critiques que cette proposition a soulevées, y compris au sein de la majorité présidentielle, l'Assemblée nationale a passé outre l'opposition du Sénat et deux lois, organique et ordinaire, du 14 février 2014 interdisent, à partir de 2017, tout cumul entre un mandat parlementaire ou européen (voir p. 218) et un mandat de chef ou d'adjoint d'un exécutif local (voir p. 90 et suivantes)[66]. L'application de cette mesure affectera la situation de près de 60 % des parlementaires.

63. Excepté en 2011, le Sénat ayant basculé à gauche, alors qu'il avait toujours été à droite sous la Ve République : le fait que les représentants des grandes et moyennes collectivités territoriales appartenaient majoritairement aux partis de gauche explique largement cette évolution. En 2014, la gauche ayant perdu de nombreuses municipalités, le Sénat est revenu à droite et son président a donc changé.

64. Pour la première fois, en février 2015, le Conseil a réformé les résultats d'une élection sénatoriale dans le Vaucluse et proclamé un candidat élu à la place d'un autre.

65. Il s'agit des mandats de conseiller régional ou général, conseiller de Paris ou à l'Assemblée de Corse, ou encore conseiller municipal d'une ville de plus de 3 500 habitants.

66. Ce qui n'a pas empêché 38 parlementaires d'être élus présidents de conseils départementaux en décembre 2015 (sur 98).

Un **contrôle** des cumuls et des incompatibilités est organisé : tout parlementaire qui ne régularise pas sa situation dans le délai d'un mois en informant de son choix le bureau de la Chambre à laquelle il appartient peut être, sur demande de celui-ci, déclaré démissionnaire d'office par le Conseil constitutionnel.

- **La prévention des conflits d'intérêts**

Suite à l'affaire Woerth-Bettencourt[67], l'Assemblée nationale et le Sénat ont mis en place des groupes de travail sur la prévention des conflits d'intérêts chez les élus. À l'Assemblée, un dispositif fondé sur trois piliers a été institué : un **code de déontologie** énonce les principes que les députés s'engagent à respecter. Un **déontologue** est chargé de veiller au respect de ces principes et de conseiller les députés sur toute question de déontologie qu'ils se poseraient. Il est, en particulier, chargé de vérifier la déclaration d'intérêts que tous les députés doivent remplir en début de mandat et qui devra être réactualisée « en cas de changement substantiel ». Il peut formuler des conseils et des recommandations aux députés et, également, saisir le bureau de l'Assemblée en cas de persistance d'un conflit d'intérêts.

Dans le même esprit, depuis 2009, les représentants d'intérêts privés souhaitant accéder aux locaux de l'Assemblée nationale doivent se faire inscrire sur un registre public. Un rapport parlementaire, présenté en février 2013, propose d'aller plus loin dans le **contrôle du lobbying**, en renforçant la sévérité du régime d'accès aux locaux, en imposant la publicité des rencontres organisées entre députés et représentants d'intérêts et celle des auditions tenues à l'occasion de la préparation des rapports parlementaires, et en mettant en place un code de déontologie à l'intention des collaborateurs parlementaires et des fonctionnaires des assemblées.

Enfin, suite au scandale provoqué par l'affaire Cahuzac[68], deux lois, organique et ordinaire, du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique renforcent la **liste des incompatibilités**. Le projet voté par le Parlement souhaitait interdire aux parlementaires d'entreprendre une activité qui n'était pas la leur au début de leur mandat et d'exercer des activités de conseil, mais le Conseil constitutionnel a jugé ces dispositions excessives. De plus la loi impose aux parlementaires, comme aux ministres, la déclaration des intérêts qu'eux-mêmes ou leurs conjoints détiennent, ainsi que la divulgation de leur patrimoine, qui pourront être consultés par les électeurs de leur circonscription. Le Conseil constitutionnel a cependant écarté l'extension de cette exigence à leurs parents et enfants. Une **Haute Autorité pour la transparence de la vie publique**, mise en place fin 2013, veille à l'application de ces dispositions. Composée de neuf membres, dont six magistrats élus par leurs juridictions respectives (Conseil d'État, Cour de cassation et Cour des comptes) et de deux personnalités qualifiées nommées respectivement par l'Assemblée nationale et le Sénat, elle peut se saisir elle-même des situations de conflits d'intérêts et prononcer une injonction d'y mettre fin. Elle peut aussi être consultée par les élus sur des questions de déontologie relatives à l'exercice de leurs fonctions et émettre des recommandations sur toute question relative à la prévention des conflits d'intérêts, à la demande du Premier ministre ou de sa propre initiative. Appelée à contrôler la situation d'environ 9 000 personnes, elle a déjà signalé plusieurs cas posant problème, et provoqué par exemple la démission d'une secrétaire d'État accusée d'avoir dissimulé une partie importante de son patrimoine.

b) Les prérogatives

Les prérogatives liées à la fonction sont de deux sortes : d'une part, des immunités protègent les parlementaires contre des poursuites judiciaires qui pourraient porter atteinte au libre exercice du mandat qui leur a été confié ; d'autre part, des subsides leur sont accordés pour leur permettre de travailler dans de bonnes conditions.

- **L'immunité parlementaire**

Elle est ainsi définie par l'article 26 de la Constitution : « Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions. » Cette règle met les parlementaires à l'**abri des pressions** ou des menaces qui les dissuaderaient de s'exprimer librement. Elle vise aussi bien les personnes publiques que les particuliers et s'applique pareillement aux poursuites pénales et civiles. Elle ne vaut pas, toutefois, pour les actes commis hors de l'enceinte parlementaire : la diffamation, par exemple, peut être réprimée si elle se produit dans une déclaration à la télévision, alors qu'elle est couverte dans les discours à la tribune.

Cette irresponsabilité est complétée par un régime dit d'**inviolabilité** : les parlementaires ne peuvent être arrêtés pour crime ou délit commis en dehors de l'exercice de leur mandat qu'avec l'autorisation du bureau de la Chambre dont ils font partie. La règle n'empêche pas les poursuites. Elle ne s'oppose pas non plus aux arrestations en cas de crime ou de délit flagrant, mais le juge doit, dans ce dernier cas, libérer le parlementaire jusqu'à la fin de la session si le bureau le lui demande. Ce système ne met pas les parlementaires à l'abri des conséquences civiles ou pénales de leurs actes, mais les protège contre les arrestations qui pourraient être inspirées par des mobiles politiques.

- **L'indemnité**

Les parlementaires perçoivent une indemnité d'un montant équivalant à celui du traitement moyen des hauts fonctionnaires ; son octroi a pour but d'éviter que seules les personnes qui ont des revenus élevés puissent accéder à la fonction, mais elle peut en principe être supprimée si le parlementaire ne participe pas suffisamment aux travaux de la Chambre. S'y ajoutent le défraiement d'une secrétaire et de plusieurs collaborateurs[69], ainsi qu'une indemnité représentative de frais de mandat et quelques *avantages* tels que la franchise postale.

67. On y reprochait en particulier à certains hommes politiques, suspects d'avoir bénéficié de contributions importantes de la part d'une vieille dame fortunée pour financer leur parti politique, de les avoir obtenues dans des conditions s'apparentant à un abus de faiblesse.

68. En avril 2013, le ministre qui était chargé du Budget a avoué détenir des comptes à l'étranger et avoir dissimulé au fisc une part de ses revenus.

69. Ils sont au total 2 090 à l'Assemblée nationale et 953 au Sénat.

3. L'organisation et le fonctionnement du Parlement

Sous les précédentes Républiques, les Chambres bénéficiaient d'une large autonomie dans l'organisation de leurs travaux : elles siégeaient aussi longtemps qu'elles le jugeaient utile, et déterminaient librement leur mode de fonctionnement dans leur règlement intérieur. Le *« parlementarisme rationalisé »* introduit par la Constitution de 1958 modifia radicalement cette situation : la durée des sessions fut limitée, et des lois organiques réglèrent – dans un sens plutôt restrictif – des questions qui relevaient auparavant des règlements intérieurs, par exemple le nombre des commissions et le déroulement des débats. Mais une révision constitutionnelle intervenue en 1995 atténua quelque peu la rigidité de cet encadrement ; celle de 2008 va dans le même sens, notamment pour ce qui concerne l'ordre du jour des séances et le pouvoir d'évaluer les politiques publiques.

a) Les sessions

- **Les sessions ordinaires**

La durée des sessions ordinaires, identique pour les deux Assemblées, était initialement très brève : la session de printemps ne pouvait excéder 90 jours et la session d'automne, principalement consacrée au vote du budget, durait 80 jours. Ce laps de temps limité affranchissait le gouvernement du contrôle parlementaire pendant la moitié de l'année – ce qui était le but recherché – mais ne permettait pas l'examen et l'adoption de tous les textes inscrits à l'ordre du jour, ce qui obligeait le gouvernement à convoquer des sessions extraordinaires. La révision de 1995 institua donc une **session ordinaire unique** qui, dit le nouvel article 28 de la Constitution, *« commence le premier jour ouvrable d'octobre et prend fin le dernier jour ouvrable de juin »* et dure donc à peu près 270 jours. Mais, aux termes du même article, le nombre des jours de séance ne peut excéder 120[70] ; cette restriction, qui correspond au souhait des parlementaires de se rendre dans leur circonscription pendant une partie de la semaine, peut néanmoins être levée sur demande du Premier ministre ou de la majorité des membres de chaque Chambre. Les jours et les horaires de séance sont désormais déterminés par les Chambres, qui disposent ainsi d'une plus grande latitude d'action que dans le système de 1958. Les séances des assemblées sont ouvertes au **public** et un compte rendu des débats est publié au *Journal officiel*.

- **Les sessions extraordinaires**

Le Parlement peut aussi être réuni en session extraordinaire sur un ordre du jour déterminé à la demande, soit du Premier ministre, soit de la majorité des membres de l'Assemblée nationale[71]. La convocation d'une telle session est faite par décret signé du président de la République, mais certains présidents ont considéré que leur compétence n'était pas liée : le général de Gaulle a ainsi refusé, en 1960, de convoquer une session demandée par les députés et François Mitterrand a accepté, en 1993, de signer le décret proposé par le Premier ministre, mais refusé l'inscription à l'ordre du jour du projet de révision de la loi Falloux[72]. Les sessions extraordinaires, très nombreuses avant la réforme de 1995 (et toutes, sauf une, convoquées à la demande du Premier ministre), sont devenues exceptionnelles depuis l'allongement de la session ordinaire.

- **Les autres sessions**

On rappellera également que l'Assemblée nationale se réunit de **plein droit** après les élections législatives consécutives à une dissolution, et qu'il en va de même pour les deux Chambres lorsque le président de la République met en œuvre l'article 16 de la Constitution ou s'il souhaite s'adresser à elles en dehors des sessions ordinaires.

b) La structure interne des Chambres

Elle est fixée pour partie par des lois organiques et pour une autre partie par les règlements intérieurs ; elle ne varie guère d'une Chambre à l'autre.

- **Le président**

Chacune des Chambres élit en son sein un président : l'Assemblée nationale le fait au début de la législature, le Sénat lors de chaque renouvellement triennal. Le président a des **attributions importantes** dans le fonctionnement de la Chambre. Il assure la direction des débats en distribuant les tours de parole et en rappelant éventuellement à l'ordre les orateurs qui dépassent le temps imparti ; il peut aussi décider de clore un débat lorsque suffisamment d'orateurs d'opinion contraire se sont exprimés ; il préside également les opérations de vote.

La Constitution confère par ailleurs aux présidents des Chambres d'autres compétences : ils peuvent saisir le Conseil constitutionnel des lois qui leur paraissent irrégulières, et ils sont consultés par le président de la République lorsque celui-ci envisage de dissoudre l'Assemblée nationale ou de recourir à l'article 16. Ils ont également des pouvoirs de nomination : chacun des deux présidents désigne trois membres du Conseil constitutionnel, ainsi qu'une partie des membres d'institutions telles que le Conseil supérieur de l'audiovisuel ou le Conseil supérieur de la magistrature. Cela explique que le président de la République et le Premier ministre soient attentifs aux caractéristiques des candidats à la fonction, et que le choix des Assemblées se porte presque toujours sur des personnalités éminentes.

- **Le bureau**

Le président est assisté par un bureau également élu. Il comprend des vice-présidents qui peuvent assurer par délégation la direction des séances, des questeurs qui gèrent le personnel, les locaux et le budget des assemblées, et des secrétaires qui contrôlent les procès-verbaux

70. Les commissions peuvent toutefois se réunir même lorsque le Parlement n'est pas en session.

71. Les sénateurs n'ont pas cette possibilité. Et, à la différence du Premier ministre, l'Assemblée nationale ne peut demander la convocation d'une nouvelle session extraordinaire moins d'un mois après la fin de la précédente ; cette interdiction a pour but d'empêcher que le Parlement siège en permanence.

72. Ce texte, qui tendait à accroître les subventions d'investissement accordées aux établissements d'enseignement privés, fut voté au cours de la session ordinaire suivante, mais censuré ensuite par le Conseil constitutionnel.

des débats pris en note par des sténographes. Au total, le bureau comprend une vingtaine de personnes à l'Assemblée nationale et 26 au Sénat, élues après chaque renouvellement partiel. Il est généralement composé à la proportionnelle des groupes politiques que comprend l'assemblée, par entente tacite entre ceux-ci.

C'est le bureau, on l'a vu, qui se prononce sur les incompatibilités et les arrestations éventuelles des parlementaires. Il lui incombe également d'apprécier si une proposition de loi ou d'amendement émanant d'un parlementaire implique des dépenses qui ne seraient pas compensées par des recettes équivalentes, ce qu'interdit l'article 40 de la Constitution (voir pages 46 et 172).

- **Les groupes politiques**

Ils rassemblent les parlementaires appartenant à un **même parti** ou qui s'y sont **apparentés**[73]. Ils doivent comprendre au minimum quinze personnes à l'Assemblée nationale et dix au Sénat. La possibilité de constituer un groupe est importante, car ils disposent d'une influence certaine sur le fonctionnement des assemblées : ils participent à la composition du bureau et des commissions, désignent les orateurs qui s'exprimeront en leur nom au cours des débats ou poseront des questions aux membres du gouvernement qui y assistent, et leur président a le droit de demander une suspension de séance ou la vérification d'un quorum[74].

- **Les commissions permanentes**

Elles jouent un **rôle de premier plan** dans la procédure législative. Elles sont en effet chargées d'étudier les projets ou propositions de lois qui seront discutés par les assemblées et de faire un rapport à leur sujet[75] ; elles peuvent à ce stade proposer des amendements et se prononcer sur ceux que leur adressent les parlementaires. Elles élaborent ensuite un rapport qui sera rendu public et servira de référence lors du débat à l'assemblée : en particulier, le gouvernement pourra décider de ne retenir que les amendements proposés ou acceptés par le rapport. Elles participent aussi au **contrôle** de l'action du gouvernement : la commission chargée des finances, notamment, peut lui demander de fournir régulièrement les documents permettant de suivre l'exécution du budget (voir page 193).

Ces commissions, qui correspondent aux grands secteurs d'activité, sont désormais huit au maximum[76] dans l'une et l'autre assemblées (leur nombre avait été restreint en 1958 pour éviter que chaque ministère soit en permanence surveillé par une commission) et tous les parlementaires doivent faire partie de l'une d'elles. Leur composition s'opère à la proportionnelle des groupes, chaque président de groupe indiquant au bureau de l'assemblée le nom des parlementaires qu'il a choisis pour y siéger. Elles sont renouvelées tous les ans à l'Assemblée nationale, lors des renouvellements triennaux au Sénat. Elles élisent un président et un bureau, désignent des rapporteurs, disposent de locaux qui leur sont propres et peuvent se réunir en dehors des périodes de session du Parlement.

- **La conférence des présidents**

Elle a pour mission d'aider le président de la Chambre dans la **programmation** des travaux de celle-ci. Cette tâche a toutefois perdu une partie de son importance puisque, depuis 1958, l'ordre du jour des assemblées comprend en priorité (pendant deux semaines de séance sur quatre) l'examen des textes proposés par le gouvernement. Mais la conférence contribue à organiser les débats en fixant, par exemple, leur durée et la répartition du temps de parole entre les groupes. Elle détermine aussi l'ordre du jour de la séance hebdomadaire réservée, depuis la réforme de 1995, aux questions des parlementaires et aux réponses qu'y apportent les membres du gouvernement.

Elle est composée du président et des vice-présidents de l'assemblée, des présidents des commissions et des groupes, du président de la délégation pour l'Union européenne et du rapporteur général de la commission des finances. Comme ses propositions en matière d'organisation des débats doivent recueillir l'assentiment de la Chambre, il importe qu'elle puisse refléter l'opinion de celle-ci : c'est pourquoi chacun des présidents de groupe dispose au sein de la conférence d'un nombre de voix égal au nombre des parlementaires inscrits dans son groupe.

- **Les offices ou délégations**

Enfin, parce que du fait de leur nombre restreint, les commissions ne sont pas assez spécialisées pour suivre efficacement certains problèmes importants, ont été créés par voie législative des offices ou délégations à **compétence particulière**. Certains d'entre eux sont communs aux deux Chambres, comme les offices parlementaires d'évaluation de la législation et des politiques publiques ; d'autres existent dans chacune d'elles, par exemple les commissions des affaires européennes, chargées d'étudier les projets d'actes communautaires comportant des dispositions de nature législative.

73. Les membres des différents groupes siègent ensemble dans l'hémicycle. Historiquement, c'est ainsi que sont apparues les dénominations de « gauche » et « droite » : à l'époque de la Révolution française, les députés progressistes se sont en effet rangés à la gauche du président, les conservateurs s'installant à sa droite.

74. L'article 51-1 de la Constitution, adopté lors de la révision de 2008, dispose que le règlement de chaque assemblée doit reconnaître « *des droits spécifiques aux groupes d'opposition de l'assemblée intéressée, ainsi qu'aux groupes minoritaires* ». Le nouvel article 48 prévoit, lui, qu'un jour de séance par mois est réservé dans chaque assemblée à un ordre du jour déterminé à l'initiative des groupes d'opposition ou minoritaires (rappelons qu'un groupe minoritaire peut appartenir à la majorité gouvernementale).

75. La révision de 2008 prévoit cependant qu'à la demande du gouvernement ou de l'assemblée qui en est saisie, les projets et les propositions de loi peuvent être examinés par une commission spécialement désignée à cette fin.

76. L'une d'elles doit obligatoirement être consacrée aux affaires européennes (nouvel article 88-4 de la Constitution).

2. Les pouvoirs du Parlement

Outre les attributions particulières qui ont déjà été évoquées, comme le droit de déclarer la guerre ou celui de provoquer une révision de la Constitution, le Parlement a deux compétences majeures que l'on retrouve dans tous les pays : l'adoption des lois et le contrôle du gouvernement[77]. L'exercice de l'une et l'autre compétences avait été sensiblement restreint par la Constitution de 1958, mais l'évolution ultérieure a desserré le carcan établi par le texte.

1. La fonction législative

Par rapport à ses devancières, la Constitution a opéré une véritable révolution en ce qui concerne le domaine d'intervention de la loi, qui ne dépend plus aujourd'hui de la volonté du Parlement. Elle a également accru les moyens d'action dont dispose le gouvernement au cours de la procédure législative : non seulement il a la maîtrise de l'ordre du jour des travaux parlementaires (l'article 48 prévoit désormais deux semaines de séance sur quatre réservées en priorité à l'examen des projets de loi du gouvernement), mais il a des possibilités efficaces de s'opposer aux textes ou aux amendements qui ne lui conviennent pas.

a) Le domaine de la loi

D'illimité, ce domaine est devenu sinon résiduel, du moins circonscrit : alors qu'auparavant le gouvernement ne pouvait exercer son pouvoir réglementaire que pour l'application des lois, il dispose maintenant d'un champ d'intervention autonome auquel le législateur ne peut accéder. La répartition est opérée par les articles 34 et 37 de la Constitution : le premier énumère les matières qui sont du ressort du Parlement, le second pose en principe que *« les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire »*.

L'**article 34** distingue entre deux catégories de matières. La première correspond à celles qui sont les plus importantes pour la garantie des **droits des citoyens** et dont la loi *« fixe les règles »* : ce sont notamment le statut des personnes (nationalité, régimes matrimoniaux et successoraux), l'exercice des libertés publiques, les règles et la procédure pénales, l'assiette des impôts, le régime électoral des assemblées parlementaires et locales ainsi que, depuis la révision de 2008, *« la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias »*. Dans ces domaines, le pouvoir réglementaire ne peut donc intervenir que de façon résiduelle. La seconde catégorie correspond à des matières qui paraissent moins primordiales : la loi n'en détermine que les *« principes fondamentaux »,* laissant ainsi un champ plus vaste au pouvoir réglementaire ; la liste comprend en particulier l'organisation générale de la **défense nationale**, l'**enseignement**, le régime de la **propriété** et le **droit du travail**.

77. La révision de 2008 ajoute à ces deux compétences celle d'évaluer les politiques publiques (nouvel article 24 de la Constitution).

Un dispositif serré de **contrôle** des frontières entre lois et règlements a été mis en place par la Constitution. Il s'exerce d'une part à titre *préventif*, c'est-à-dire pour empêcher le Parlement de sortir de son domaine : lorsque le gouvernement ou le président de l'assemblée saisie estime, au cours de la procédure législative, qu'une proposition de loi ou un amendement empiète sur le domaine réglementaire, il peut lui opposer l'**irrecevabilité** (article 41). Si le président de l'assemblée en cause est d'avis contraire, la question est tranchée par le Conseil constitutionnel. Mais le contrôle peut aussi s'exercer *a posteriori*, c'est-à-dire sur des lois déjà votées : si elles sont antérieures à 1959 mais concernent une matière relevant aujourd'hui du pouvoir réglementaire, le gouvernement peut les modifier par décret pris sur avis conforme du Conseil d'État ; si elles ont été adoptées après cette date, le gouvernement peut demander au Conseil constitutionnel de déclarer qu'elles sont intervenues dans un domaine réglementaire et peuvent donc, elles aussi, être modifiées par décret[78].

Cette **surveillance** institutionnelle s'est quelque peu assouplie. D'abord parce que le Conseil constitutionnel a progressivement protégé la loi autant que le règlement. Il a jugé en 1982 que *« la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi »* : dès lors que le gouvernement n'oppose pas l'irrecevabilité de cette disposition au cours de la procédure législative, comme l'article 41 le lui permet, le Parlement peut intervenir au-delà du champ d'action qui lui est attribué. Le Conseil a également déclaré à plusieurs reprises que le Parlement ne devait pas se dessaisir de ses compétences en posant des principes trop peu précis pour encadrer les règlements d'application, par exemple pour ce qui concerne le statut des universités ou celui des magistrats.

Par ailleurs, si les premiers gouvernements de la Ve République ont souvent utilisé l'article 41, leurs successeurs l'ont peu à peu délaissé[79] : préférant entretenir de bons rapports avec les assemblées, ils ont souvent laissé passer des dispositions empiétant sur le domaine réglementaire dès lors qu'ils n'étaient pas en désaccord avec leur contenu, si bien que la frontière auparavant infranchissable est devenue poreuse[80].

b) L'élaboration de la loi

- **L'initiative des lois**

Elle appartient à la fois au **Premier ministre** et aux **parlementaires** (dans le premier cas, il s'agit d'un projet de

78. Il en fut ainsi notamment pour un article de loi portant que l'enseignement de l'histoire devrait mentionner le *« rôle positif »* de la colonisation française : la loi était en vigueur depuis près d'un an mais cette disposition suscitait de vives oppositions dans l'opinion publique ; son déclassement permit de l'abroger sans délai et sans heurt avec le Parlement.

79. Il n'y a été recouru que deux fois entre 1981 et 2014.

80. L'enceinte protectrice de la loi, au contraire, demeure solide, mais sa surveillance est confiée aux juridictions administratives ou pénales : les premières peuvent annuler un règlement intervenu dans un domaine relevant du pouvoir législatif, les secondes refuseront de condamner une personne qui aurait contrevenu à un tel règlement.

loi, dans le second, d'une proposition) ; les projets doivent avoir été délibérés en conseil des ministres et soumis pour avis au Conseil d'État. Depuis 2008, ce dernier peut aussi être saisi de certaines propositions de lois (voir p. 141).

Le partage de ce pouvoir d'initiative est toutefois inégal. D'abord, pour des raisons de procédure : en vertu du nouvel article 48 de la Constitution – qui représente cependant un progrès par rapport au système antérieur[81] – deux semaines de séance sur quatre sont réservées en priorité à l'examen des projets déposés par le gouvernement, contre une semaine sur quatre pour l'examen des propositions parlementaires et un jour par mois pour celui des propositions émanant des groupes d'opposition et minoritaires. Par ailleurs, une semaine sur quatre est réservée au contrôle de l'action du gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques ; de surcroît, l'examen des lois de finances ou de financement de la Sécurité sociale (qui demande, au total, plus d'un trimestre) est également prioritaire. Il en résulte que peu de propositions ont des chances d'être discutées, excepté lorsque le gouvernement les fait siennes (ce fut le cas, par exemple, pour le pacte civil de solidarité ou PACS) ; lors des deux dernières législatures, plus de 75 % des lois votées étaient d'origine gouvernementale.

D'autre part, l'article 40 rend **irrecevables** les propositions ou les amendements dont l'adoption *« aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique »*. Cette disposition, qui existait déjà sous la IVe République, tend à prévenir le vote de lois inspirées par une éventuelle démagogie électorale. Elle a été appliquée de manière très stricte, voire caricaturale[82], au début de la Ve République, mais est interprétée aujourd'hui de manière plus souple, car le Conseil constitutionnel a estimé que les propositions sont recevables lorsqu'elles n'entraînent que des conséquences financières indirectes[83].

- **L'examen des textes**

Les projets de loi peuvent être indifféremment déposés sur le bureau de l'une ou l'autre Chambre en vue d'une première lecture, à l'exception des lois de finances, en particulier le budget de l'État (voir page 163) et des lois de financement de la Sécurité sociale, qui doivent être soumises d'abord à l'Assemblée nationale. La révision constitutionnelle adoptée en 2003 a cependant prévu une exception inverse : les projets de loi *« ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales »* doivent être soumis en premier lieu au Sénat.

L'examen des projets se fait d'abord en **commission** et se poursuit, sur le texte qu'elle a adopté[84], par une **discussion générale** dans l'hémicycle, qui ne peut avoir lieu que six semaines après leur dépôt, sauf en cas de procédure accélérée (voir page 47). Interviennent au cours de cette discussion le rapporteur de la commission, un membre du gouvernement et des parlementaires désignés par les groupes auxquels ils appartiennent. Il n'y a pas de vote à ce stade, sauf si le gouvernement ou un parlementaire soulève une motion de procédure[85]. Commence ensuite l'examen article par article : chacun des articles peut faire l'objet d'**amendements**, qui sont également discutés[86]. Jusqu'à la révision de 2008, les amendements devaient avoir un rapport étroit avec le texte et ne pas être d'une ampleur telle qu'ils auraient pu constituer, à eux seuls, un autre texte : ces règles avaient été posées par le Conseil constitutionnel qui a estimé, par exemple, qu'un amendement portant sur le permis de démolir n'avait pas sa place dans une loi ayant pour objet la prévention de la corruption. Mais le nouvel article 45 dispose que tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte.

En revanche, la loi organique du 21 avril 2009, prise pour l'application de la révision constitutionnelle, ajoute une nouvelle possibilité de limiter le droit d'amendement. Afin d'empêcher les tentatives verbales d'obstruction parlementaire[87], elle instaure une procédure inspirée de la « guillotine » pratiquée en Grande-Bretagne : le règlement d'une assemblée peut désormais impartir des délais pour l'examen d'un texte en séance. Passé ce délai, les amendements déposés par les parlementaires pourront être mis aux voix sans discussion[88].

D'autre part, en vertu de l'article 44 de la Constitution, le gouvernement peut demander un **vote bloqué** qui contraint l'assemblée à se prononcer sur tout ou partie du texte en ne retenant que les amendements qu'il a proposés ou acceptés. C'est là une restriction de taille au droit d'amendement,

81. Auparavant, en effet, l'ordre du jour des assemblées comportait toujours en priorité l'examen des projets de loi déposés par le gouvernement.

82. Ainsi une proposition tendant à ce que la France ratifie la convention internationale réprimant la traite des femmes a-t-elle été déclarée irrecevable parce que l'application de la convention aurait pu entraîner une augmentation des effectifs de la police.

83. De plus, la loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances, ou LOLF, a autorisé les parlementaires, depuis 2005, à majorer les crédits de certains programmes, à condition de réduire d'un montant équivalent ceux d'autres programmes relevant de la même « mission » (voir page 167).

84. Excepté pour les projets de lois de finances ou de financement de la Sécurité sociale, qui sont discutés dans la version initialement présentée par le gouvernement.

85. Il peut s'agir de l'exception d'irrecevabilité déjà mentionnée ou de la « question préalable », qui tend à écarter un texte au motif que son adoption serait inopportune, ou encore de la motion de renvoi en commission d'un texte qui ne semble pas suffisamment au point (ces deux dernières motions sont peu souvent adoptées).

86. Les assemblées ont cependant introduit dans leurs règlements intérieurs des possibilités de limiter l'étendue des discussions parlementaires : le Sénat a prévu des « procédures abrégées » (vote sans débat ou après débat restreint). L'Assemblée nationale a mis en place une « procédure d'examen simplifiée », décidée par la conférence des présidents : on n'examine pas la totalité du texte, mais seulement les amendements proposés, et on limite le nombre des personnes autorisées à intervenir sur chaque amendement (environ un tiers des textes votés en 2014-2015).

87. Elles consistent soit à multiplier le nombre d'amendements sur un texte, soit à occuper longuement la tribune. Le record du discours le plus long semble détenu par la députée Christine Boutin, qui avait parlé pendant 5 heures 25 pour s'opposer à l'institution du PACS voulue par le gouvernement de Lionel Jospin. En 2006, la gauche a déposé plus de 130 000 amendements sur le projet de loi ouvrant complètement le secteur de l'énergie à la concurrence.

88. L'Assemblée nationale a introduit cette disposition dans son règlement voté en mai 2009.

dont les gouvernements usent volontiers (33 fois en 1991, par exemple) mais qui irrite les parlementaires[89]. Ceux-ci pratiquent donc parfois la rétorsion en déposant des centaines d'amendements pratiquement identiques, à seule fin d'allonger les débats puisque le vote bloqué ne permet pas d'adopter les amendements refusés par le gouvernement, mais ne dispense pas de les examiner. Il ne reste alors au gouvernement que le choix entre tenter une conciliation et engager sa responsabilité sur le vote du texte, selon la procédure de l'article 49 alinéa 3 qui sera décrite plus loin.

Lorsque l'examen des articles est terminé, l'assemblée se prononce sur l'ensemble du texte. Mais comme les lois doivent être votées par les deux Chambres et que celles-ci ne sont jamais saisies simultanément, une « navette » est organisée entre elles.

- **La navette**

Elle consiste en des **allers et retours** du texte entre les deux assemblées qui doivent, dit la Constitution, l'adopter en termes identiques pour qu'il puisse devenir loi. L'assemblée saisie en second lieu l'examine tel qu'il a été voté par sa devancière[90] : elle peut soit le voter dans cette forme, soit lui apporter à son tour des amendements, auquel cas le texte revient pour une seconde lecture devant la première assemblée. Si celle-ci n'accepte pas les modifications introduites, une seconde lecture est organisée devant la deuxième Chambre. Dans l'hypothèse où le désaccord persiste, le gouvernement peut intervenir en provoquant la réunion d'une **commission mixte paritaire** : composée de sept députés et de sept sénateurs désignés par leurs collègues, elle tentera de proposer une version susceptible de recueillir l'assentiment des deux assemblées.

L'article 45 prévoit une possibilité de « procédure accélérée » : dans la rédaction de 2008, le Premier ministre peut, sauf si les conférences des présidents s'y opposent conjointement, provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire après une seule lecture d'un projet de loi ; la même procédure peut être appliquée à une proposition lorsque les présidents des deux assemblées, agissant conjointement, en décident ainsi (cette seconde hypothèse aura probablement moins de chances de se produire)[91].

Si la commission paritaire parvient à élaborer un texte de compromis, le gouvernement le soumet successivement aux deux assemblées ; aucun amendement n'est recevable à ce stade, sauf lorsque le gouvernement y consent. Si, au contraire, la commission n'est pas parvenue à un accord, ou si cet accord est rejeté par le Sénat, le gouvernement peut demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement, en adoptant soit le texte proposé par la commission, soit celui qu'elle avait elle-même primitivement voté. Le dernier mot revient ainsi à la Chambre issue du suffrage universel, mais seulement si le gouvernement en décide ainsi : s'il n'intervient pas, la navette peut en théorie se poursuivre indéfiniment[92].

De tels désaccords entre les Chambres sont évidemment plus fréquents lorsqu'elles sont de tendances politiques opposées : entre 1981 et 1986, notamment, le gouvernement a demandé plusieurs fois à l'Assemblée nationale de statuer définitivement, parce que le Sénat s'opposait à ses projets (par exemple, en matière de nationalisation d'entreprises). Au contraire, lorsque les deux Chambres appartiennent aux mêmes courants d'idées, les différends sont de moindre importance et se règlent habituellement au cours des navettes.

Les quatre modalités du vote parlementaire

– Le **vote à main levée** est rapide mais ne permet pas d'enregistrer le nom des votants ni le sens dans lequel ils se sont exprimés.

– Le **vote au scrutin public ordinaire** se fait aujourd'hui par l'intermédiaire de boîtiers électroniques que chaque parlementaire actionne au moyen d'une clé. La Constitution impose que les votes soient personnels : les délégations ne sont autorisées qu'à titre exceptionnel et aucun parlementaire ne peut recevoir plus d'une délégation. En pratique, cependant, de nombreux parlementaires confiaient leur clé à un membre de leur groupe qui l'actionnait à leur place, si bien que le nombre des votes émis était de beaucoup supérieur à celui des parlementaires se trouvant effectivement en séance. Assez curieusement, le Conseil constitutionnel a refusé, en 1987, de censurer pour procédure irrégulière une loi adoptée dans ces conditions, mais un ancien président de l'Assemblée nationale (Philippe Séguin) a décidé en 1993 de réduire la durée du scrutin, ce qui empêche d'actionner un grand nombre de clés et oblige les parlementaires à être davantage présents en séance – du moins au moment du vote.

– Le **scrutin public à la tribune** est exigé dans les cas importants, par exemple lorsque la Constitution impose qu'un texte soit adopté à la majorité absolue, ou s'il s'agit de censurer le gouvernement ; les délégations sont alors interdites.

– Le **scrutin secret** est généralement prévu pour les désignations de personnes, par exemple le président de la Chambre ou les membres de la Cour de justice de la République.

89. Rare au Sénat, la procédure y a cependant été utilisée en octobre 2010 pour accélérer l'adoption de la réforme des retraites.

90. Depuis la révision de 2008, la discussion ne peut commencer qu'après l'expiration d'un délai de quatre semaines à compter de la transmission, sauf en cas de procédure accélérée.

91. En mai 2009, le président de l'Assemblée nationale (Bernard Accoyer) avait critiqué la fréquence du recours à cette procédure : 50 % des lois votées depuis 2007 l'avaient été, en effet, à l'issue d'une lecture unique dans chaque Chambre. B. Accoyer a fait remarquer que ces lois votées dans l'urgence n'étaient généralement pas appliquées, faute de capacité pour le gouvernement d'élaborer rapidement les décrets nécessaires à leur exécution. En 2011, seules 25 des 47 lois votées en urgence ont été totalement appliquées. Pourtant la dérive persiste : de 2012 à 2014, 46 % des lois ont donné lieu à application de la procédure accélérée, et 44 % pour la session 2015-2016.

92. Sous la IVe République, l'intervention du gouvernement n'était pas nécessaire : l'Assemblée nationale pouvait statuer définitivement cent jours après la transmission du texte à la seconde Chambre (alors dénommée Conseil de la République).

- **La promulgation des lois**

Après leur adoption, les lois sont promulguées par le **président de la République** dans un délai de quinze jours, puis **publiées** au *Journal officiel* [93]. Deux incidents de parcours peuvent toutefois se produire pendant le délai imparti pour la promulgation. D'une part, le président de la République, avec l'accord du Premier ministre, peut demander aux Chambres une nouvelle délibération et il est arrivé qu'un texte soit abandonné de ce seul fait [94]. Mais, en avril 2006, le président Jacques Chirac a promulgué la loi instituant le « contrat de première embauche » (CPE) tout en demandant, compte tenu de l'hostilité manifestée par l'opinion publique, qu'elle ne soit pas appliquée en attendant son réexamen par le Parlement – pratique inédite jusqu'ici en droit constitutionnel. D'autre part, comme on le verra au chapitre suivant, une loi votée peut être déférée pour examen au Conseil constitutionnel, ce qui suspend la promulgation pendant un mois.

2. Le contrôle de l'action gouvernementale

Soucieux de mettre fin à l'instabilité ministérielle qui caractérisait la IVe République et, plus généralement, de renforcer l'autorité des gouvernements, les Constituants de 1958 avaient fortement limité les possibilités d'investigation et de contrôle reconnues auparavant au Parlement. Cet encadrement très strict s'est cependant atténué de manière progressive, à la fois pour des raisons de principe – il s'accordait mal avec l'affirmation selon laquelle le régime mis en place demeurait parlementaire – et en raison de considérations pratiques : la discipline majoritaire qui règne à l'Assemblée nationale suffit à assurer un soutien efficace au gouvernement. Actuellement, il est toujours aussi difficile de mettre en cause la responsabilité gouvernementale, mais les procédures moins drastiques des questions et des commissions d'enquête ont été rendues plus aisées, celle des résolutions a été introduite en 2008, et l'évaluation des politiques publiques a fait son apparition.

a) Les questions

Elles permettent aux parlementaires d'obtenir du gouvernement des informations ou des explications qui les mettent en mesure de mieux suivre son activité. On en distingue plusieurs sortes.

- **Les questions écrites**

Elles tendent généralement à recueillir des précisions sur l'application d'une réglementation à des cas particuliers : les parlementaires jouent ici un rôle d'intermédiaires entre leurs électeurs et les administrations. Celles-ci sont tenues d'y répondre, également par écrit, dans le délai d'un mois, et les réponses (qui fournissent souvent d'utiles indications aux juristes) sont publiées au *Journal officiel.* Ces questions sont très nombreuses – de 3 700 questions écrites déposées en 1959, on est passé à 12 000 en 1994 et 27 000 en 2014 – mais elles n'ont pas de portée politique.

- **Les questions orales**

Elles sont adressées aux membres du gouvernement, qui leur apportent une réponse en séance. Leur teneur pouvant être gênante, elles étaient à l'origine strictement réglementées : on ne leur réservait qu'une après-midi par semaine, et la conférence des présidents, dans laquelle le gouvernement est représenté, opérait un filtrage serré. Depuis la réforme de 1995, un temps plus long leur est réservé, et une séance de *« questions au gouvernement »*, qui dure une heure, est organisée au moins une fois par semaine en présence du Premier ministre (on en a compté plus de 4 000 entre 2012 et 2016). Les questions doivent être brèves et peuvent ne pas être communiquées à l'avance au gouvernement, ce qui donne lieu à des réponses plus spontanées. Ces séances sont diffusées à la télévision. Par ailleurs, depuis 1993, une séance par mois est réservée à des *« déclarations d'actualité »* du gouvernement sur des points particuliers de sa politique : un débat s'instaure à la suite de ces déclarations, mais ne peut être suivi d'un vote ; il n'en demeure pas moins que l'information des parlementaires et leurs possibilités de se faire entendre s'en trouvent améliorées.

b) Les résolutions

Ce sont des textes qui n'ont pas de caractère législatif, mais permettent au Parlement d'exprimer des opinions ou des souhaits. Les résolutions étaient fréquentes sous les Républiques précédentes, et aboutissaient parfois à mettre en danger, voire à renverser le gouvernement. Elles furent donc drastiquement limitées en 1958 : leur champ d'application ne pouvait plus concerner que les règlements intérieurs des assemblées et la mise en jeu de la responsabilité du président de la République.

Ce système, qui singularisait la France par rapport aux autres démocraties occidentales, fut assoupli en 1992 pour ce qui concerne l'**adoption des actes communautaires** comportant des dispositions de nature législative, c'est-à-dire intervenant dans des domaines énumérés à l'article 34 ; puis la révision de 1999 étendit le système à toutes les catégories d'actes communautaires ; les résolutions ainsi adoptées sont nombreuses, et le gouvernement les communique aux organes de l'Union européenne.

La révision de 2008 a procédé à une nouvelle extension : les résolutions sont désormais admises sans qu'un domaine spécifique leur soit apparemment assigné. Mais, d'une part, les conditions de leur adoption sont fixées de manière assez restrictive par la loi organique du 15 avril 2009, d'autre part, elles sont irrecevables, aux termes de l'article 34-1, si le gouvernement *« estime que leur adoption ou leur rejet serait de nature à mettre en cause sa responsabilité ou qu'elles contiennent des injonctions à son égard »* : cette disposition en limite assez strictement la portée, voire la signification.

93. Les règles concernant le mode de publication des lois ont été modifiées en 2004.

94. Par exemple, une loi votée en 1983 qui décidait d'organiser à Paris une exposition universelle pour célébrer le bicentenaire de la Révolution ; des difficultés de répartition des financements étant apparues, une nouvelle délibération fut demandée aux Chambres mais n'eut jamais lieu, si bien que le projet fut enterré par accord tacite.

c) Les commissions d'enquête

Ces commissions, traditionnelles depuis la IIIe République, sont constituées par les assemblées à propos d'un problème particulier tel qu'une « affaire » ou la mauvaise gestion d'un service[95]. Elles avaient été considérablement affaiblies en 1958 (leur durée était très limitée et leur pouvoir d'investigation presque inexistant), mais une loi de 1991 leur a redonné de la vigueur en leur permettant de convoquer des témoins et de se faire communiquer tous documents utiles par les administrations. Elles sont toutefois assez **peu fréquentes** : chaque groupe parlementaire n'a le droit de proposer la création d'une commission qu'une fois par an, et cette proposition doit être acceptée par la majorité de la Chambre, si bien que l'opposition a peu de chances de voir ses demandes aboutir. De plus, en vertu du principe de séparation des pouvoirs, une commission ne peut être constituée à propos de faits donnant déjà lieu à des poursuites judiciaires et, si elle avait été créée auparavant, sa mission doit prendre fin dès lors qu'une information judiciaire est ouverte : il suffit donc au gouvernement de déclencher une telle information – qui sera inévitablement longue – pour s'opposer à la création ou à la poursuite des travaux d'une commission.

L'effectif maximum des commissions est fixé par les règlements intérieurs des assemblées : il est de trente membres à l'Assemblée nationale et de vingt et un au Sénat. Ces membres sont désignés à la proportionnelle des groupes et la durée de leurs travaux ne peut excéder six mois, ce qui est relativement peu lorsqu'il s'agit d'un problème complexe. Le rapport final est rendu public, mais il ne donne habituellement pas lieu à un débat en séance, et le gouvernement peut parfaitement ne tenir aucun compte de ses conclusions : on est loin, ici, de l'influence qu'ont les enquêtes *(« hearings »)* du Congrès des États-Unis.

L'**évaluation des politiques publiques**, qui est depuis la révision de 2008 une nouvelle mission expressément – mais pas exclusivement[96] – dévolue au Parlement, n'a pas encore fait l'objet d'une loi, et le nouvel article 51-2 se borne à indiquer que « *des commissions d'enquête peuvent être créées au sein de chaque Assemblée pour recueillir des éléments d'information* ».

Un Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC), instance créée au sein de l'Assemblée nationale en 2009, est chargé principalement de trois missions : réaliser des travaux d'évaluation portant sur des sujets transversaux, chaque sujet étant traité par deux co-rapporteurs ; donner son avis sur une étude d'impact accompagnant un projet de loi déposé par le gouvernement, sur saisine du président de la commission chargée de l'examen du projet ou du président de l'Assemblée nationale ; jouer le rôle de « tour de contrôle » de l'évaluation de l'Assemblée. Depuis 2009, le CEC a produit de nombreux rapports sur des thèmes divers : principe de précaution, quartiers défavorisés, autorités administratives indépendantes (AAI), aide médicale de l'État, RGPP, médecine scolaire, etc.

d) La mise en jeu de la responsabilité du gouvernement

Le gouvernement « *est responsable devant le Parlement* », selon l'article 20 de la Constitution. Mais cette affirmation est immédiatement suivie par les mots « *dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50* » ; et ces conditions et procédures sont suffisamment strictes pour mettre les gouvernements à l'abri d'une censure. Trois mécanismes sont décrits dans l'article 49, mais le dernier consiste plutôt en un moyen de pression aux mains du gouvernement.

- **Le vote de confiance**

Selon l'**alinéa 1 de l'article 49**, le gouvernement peut demander de lui-même un vote de confiance à l'Assemblée nationale, soit sur son programme, soit sur une déclaration de politique générale : si les votes négatifs l'emportent numériquement sur les votes positifs, l'article 50 impose au gouvernement de démissionner. Mais l'hypothèse demeure rare : les Premiers ministres successifs avaient pris l'habitude de ne pas poser la question de confiance lorsque leur gouvernement était formé, pour mieux marquer leur rattachement privilégié au président de la République. Et les déclarations de politique générale assorties d'une question de confiance étaient pareillement exceptionnelles[97]. En juillet 2012, cependant, Jean-Marc Ayrault, alors nouveau Premier ministre, a recouru à l'article 49-1 et présenté une déclaration de politique générale, assortie d'un engagement de responsabilité, peu après sa nomination. Les votes émis dans le cadre de cette procédure n'ont jamais abouti, jusqu'ici, à un vote de défiance.

Il faut relever que l'alinéa 4 du même article 49 autorise également le gouvernement à demander au Sénat d'approuver une déclaration de politique générale. Quelques Premiers ministres l'ont fait, mais comme le Sénat n'a pas le pouvoir de renverser le gouvernement, cette procédure doit plutôt être considérée comme un acte de courtoisie à l'égard de la deuxième Chambre ou, si la déclaration est largement approuvée, comme un appui face à une Assemblée nationale indocile.

- **La motion de censure**

L'**alinéa 2 de l'article 49** prévoit également, à l'inverse, une motion de censure émanant des députés**,** mais l'entoure de conditions qui rendent son adoption très difficile. La motion doit en effet être signée par un dixième au moins des députés ; elle ne peut être votée que 48 heures après son dépôt ; elle doit être adoptée par la majorité absolue des membres composant l'Assemblée (et non pas seulement par la majorité des votants) ; et seuls sont décomptés les votes en faveur de la motion, ce qui signifie que les

95. On peut citer, à titre d'exemples, celles qui ont eu pour objet les sectes, la mauvaise gestion du Crédit lyonnais, ou les suites du procès pénal intervenu dans l'affaire de pédophilie dite « d'Outreau ».

96. D'autres organes, extraparlementaires, en sont également chargés, soit en permanence, comme la Cour des comptes (voir pages 189 et suivantes), soit occasionnellement, comme la commission de révision des politiques publiques.

97. Cela a été le cas, cependant, en mars 2009, lorsqu'il a été décidé par le président de la République que la France réintégrerait les instances dirigeantes de l'OTAN : il n'était pas assuré, en effet, que des députés de la majorité d'alors ne joindraient pas leur voix à celles de l'opposition pour refuser ce projet.

abstentionnistes et les absents sont présumés s'être prononcés en faveur du gouvernement. De surcroît, un député ne peut signer plus de trois motions de censure au cours d'une session ordinaire, ni plus d'une pendant une session extraordinaire, ce qui protège le gouvernement d'un éventuel harcèlement par l'opposition. Ces conditions draconiennes expliquent que, depuis 1958, un seul gouvernement ait été renversé : celui de Georges Pompidou en 1962[98] ; et la conséquence en fut la dissolution immédiate de l'Assemblée nationale, suivie dès après les élections par une nouvelle nomination de Georges Pompidou à la tête du gouvernement.

- **L'engagement de la responsabilité gouvernementale**

L'**alinéa 3 de l'article 49**, arme aux mains du Premier ministre au cours de la procédure législative, l'autorise à engager la responsabilité du gouvernement **sur le vote d'un texte** en cours d'examen lorsque les députés se montrent récalcitrants à son égard : ce texte est considéré comme adopté sans qu'il y ait lieu à vote à son propos dès lors qu'une motion de censure n'a pas été déposée dans les 24 heures et adoptée suivant les modalités qui viennent d'être décrites. Cette procédure, qui constitue une sorte d'alliage de la question de confiance et de la motion de censure, entraîne deux conséquences : la première, d'ordre juridique, est qu'une loi peut entrer en vigueur sans avoir été votée par le Parlement[99] ; la seconde, plus politique, est que les députés réticents à l'égard du projet de loi devront se soumettre s'ils ne veulent pas risquer, comme en 1962, d'affronter une nouvelle campagne électorale.

On touche sans doute là aux limites du *« parlementarisme rationalisé »,* d'autant que le recours à cette technique est loin d'être exceptionnel : la plupart des Premiers ministres l'ont utilisée au moins une fois[100], aussi souvent d'ailleurs pour faire cesser les dissensions au sein de leur majorité que pour contrer l'opposition. La révision de 2008 a toutefois limité le champ d'application de cette disposition : le Premier ministre ne peut plus y recourir que pour les lois de finances et de financement de la Sécurité sociale (qui ont toujours été son domaine privilégié) et pour un projet ou une proposition de loi par session.

* * *

Le « déclin des Parlements », souvent relevé, se rencontre dans de nombreux pays, même dans ceux dont les traditions politiques leur accordent un rôle éminent, comme en Grande-Bretagne. La nécessité d'élaborer rapidement des politiques d'ensemble cohérentes joue en faveur des gouvernements, mieux outillés pour les concevoir ; l'avènement de la réglementation européenne minore par ailleurs le rôle de la loi, qui se trouve également restreint par la dévolution de compétences aux collectivités territoriales, si bien que le domaine réservé au Parlement se trouve grignoté à la fois par en haut et par en bas.

Mais la France s'est engagée particulièrement loin dans la dépossession du Parlement au profit du gouvernement, auquel la Constitution accorde à la fois une influence prépondérante dans la procédure législative, un champ d'action autonome par la voie du règlement, et des garanties certaines de longévité en raison de la difficulté de le censurer. La réforme de 1995 et l'interprétation souple donnée par le Conseil constitutionnel de la répartition des domaines législatif et réglementaire ont certes desserré le carcan institué en 1958, et la révision de 2008 a quelque peu limité le droit pour le gouvernement de déterminer lui-même l'ordre du jour des travaux parlementaires. Il n'en demeure pas moins que la prépondérance actuelle du président de la République, l'effacement corrélatif du Premier ministre, pourtant seul responsable devant l'Assemblée nationale, et l'existence d'une majorité parlementaire soucieuse d'éviter une crise qui entraînerait de nouvelles élections, font que dans l'expression « parlementarisme rationalisé », le second terme l'emporte aujourd'hui de loin sur le premier.

98. En réalité, la motion de censure visait à travers lui la procédure choisie par le général de Gaulle pour la réforme constitutionnelle instituant l'élection du président de la République au suffrage universel.

99. Ainsi, en 2015-2016 le gouvernement a utilisé la procédure lors de chacune des lectures du projet de loi El Khomri, dite « loi travail », sur la réforme du Code du travail.

100. Le record semble être détenu par Michel Rocard, qui y a recouru seize fois en une seule année (1989). À l'inverse, Lionel Jospin n'en a jamais usé pendant les cinq années où il a été en fonction.

Chapitre 6
Les autres organes constitutionnels

La Constitution mentionne trois organes qui jouent un rôle plus ou moins important dans le fonctionnement des pouvoirs publics. Le premier contribue à garantir l'indépendance de la justice en se prononçant sur la nomination et la carrière des magistrats : c'est le Conseil supérieur de la magistrature. Les deux autres interviennent dans la procédure d'édiction des lois : le Conseil économique, social et environnemental, en donnant des avis, le Conseil constitutionnel en se prononçant sur la compatibilité des lois avec la Constitution.

1. Le Conseil supérieur de la magistrature

Les tribunaux, qui sont chargés de régler les différends entre particuliers ou entre ceux-ci et les pouvoirs publics, ont également pour mission de sanctionner les infractions et peuvent à ce titre infliger des peines parfois très lourdes. Il est donc primordial pour les libertés publiques que **l'indépendance des magistrats** qui les composent soit assurée à l'égard des gouvernants. C'est *« le président de la République [qui] est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* (art. 4 de la Constitution), *assisté par le Conseil supérieur de la magistrature »*.

Les magistrats se répartissent en deux catégories : ceux qui représentent les intérêts de la société au cours des procès et peuvent requérir en son nom des condamnations (ce sont les magistrats du *parquet*, en particulier les procureurs), et ceux qui prononcent les sentences (les magistrats du *siège*, c'est-à-dire les juges) qui doivent être tout particulièrement protégés contre d'éventuelles pressions du pouvoir politique. La Constitution leur assure l'inamovibilité, ce qui signifie qu'ils ne peuvent pas être déplacés contre leur gré, même par le biais d'un avancement. Mais il faut aussi s'assurer que leur liberté d'esprit ne soit pas compromise par des promesses d'accélération – ou, au contraire, des menaces de freinage – de leur carrière : le Conseil supérieur de la magistrature, qui existait déjà sous la IVe République, a été institué pour y veiller.

Avec la Constitution de 1958, il n'en avait pas véritablement la possibilité : les Constituants, estimant que le président de la République échappait aux considérations politiciennes, lui avaient en effet conféré le pouvoir non seulement de présider le Conseil, mais aussi d'en nommer tous les membres ; de surcroît, les avis émis par le Conseil sur la carrière des magistrats n'avaient qu'un caractère consultatif. Ce mode d'organisation s'avéra inadapté dès lors que le président devint le véritable chef de l'exécutif. Les réformes constitutionnelles intervenues en 1993 et en 2008 ont donc renforcé la position du Conseil.

Actuellement, celui-ci comprend **deux formations**, l'une ayant compétence pour les magistrats du siège, l'autre pour ceux du parquet. La première est présidée par le premier président de la Cour de cassation, et comprend en outre cinq magistrats du siège et un du parquet, un conseiller d'État désigné par le Conseil d'État, un avocat et six personnalités qualifiées : le président de la République, le président de l'Assemblée nationale et celui du Sénat désignent chacun deux d'entre elles ; il y a donc parité entre les représentants de la profession et les personnalités extérieures. Cette formation fait des propositions pour la **nomination** des plus hauts magistrats[101], les autres étant nommés sur son avis conforme. Elle statue aussi comme **conseil de discipline** des magistrats du siège.

La formation compétente à l'égard des magistrats du parquet est présidée par le procureur général près la Cour de cassation et composée des mêmes personnes (à l'exception des magistrats du siège et du parquet, dont la proportion est inversée). Pour les nominations des membres du corps, comme dans le système antérieur à 2008, elle ne donne qu'un simple avis, de même qu'en matière disciplinaire. On justifie parfois ce rôle purement **consultatif** au nom de la nécessaire unité de la politique pénale : l'égalité des citoyens se trouverait atteinte si les procureurs appréciaient librement l'opportunité d'intenter des poursuites, et ceux-ci doivent donc être plus étroitement rattachés au ministre de la Justice[102].

Concernant les magistrats du parquet, dans un arrêt rendu en 2010 et confirmé par plusieurs autres arrêts postérieurs, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que les membres du parquet, en raison de leur insuffisante indépendance à l'égard du pouvoir exécutif, ne peuvent être considérés comme ayant la qualité de magistrats et ne sauraient donc être chargés du contrôle des gardes à

101. Conseillers à la Cour de cassation, premiers présidents de cour d'appel et présidents de tribunal de grande instance.

102. On constate cependant, depuis quelques années, que les promotions de magistrats du parquet décidées malgré l'avis défavorable du Conseil deviennent plus nombreuses. À plusieurs reprises, François Hollande a proposé une réforme constitutionnelle alignant en particulier le mode de nomination du Parquet sur celui des magistrats du siège et donnant un caractère obligatoire à l'avis du CSM. Un projet de loi constitutionnelle a été voté en ce sens par l'Assemblée nationale en avril 2016, mais n'a aucune chance d'être adopté en raison de l'opposition du Sénat.

vue. Cet arrêt devrait avoir des répercussions sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil.

Le CSM se réunit en formation plénière pour répondre aux demandes d'avis qui peuvent lui être adressées par le président de la République ou le ministre de la Justice. Depuis la réforme constitutionnelle de juillet 2008, il peut aussi être saisi par un justiciable, sur des sujets et dans des conditions – très restrictives – qui ont été déterminées par la loi organique du 22 juillet 2010.

En novembre 2013, la commission de modernisation de l'action publique présidée par Jean-Louis Nadal a remis un rapport, « Refonder le ministère public ». Selon ses conclusions, le parquet connaît une crise profonde due à de multiples facteurs dont l'ambiguïté de son statut, l'accroissement considérable de ses missions depuis vingt ans et l'obsolescence de son organisation. La commission formule 67 propositions, parmi lesquelles la nécessité de garantir l'indépendance du parquet par rapport à l'exécutif. Elle propose d'inscrire dans la Constitution le principe d'unité du corps judiciaire, selon lequel l'autorité judiciaire comprend les magistrats du siège et du parquet. La nomination des magistrats du parquet devrait en outre être soumise à l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature.

2. Le Conseil économique, social et environnemental

De même que les Constituants de 1946, ceux de 1958 ont jugé utile d'organiser une représentation des **milieux socio-économiques** dans le processus d'élaboration de certains textes : leur approche, plus pragmatique, peut en effet compléter utilement celle des élus du peuple pour ce qui concerne les activités de production ou le droit du travail. Le rôle du Conseil économique, social et environnemental (CESE)[103], chargé d'assurer cette représentation, n'est toutefois que **consultatif** et, le plus souvent, facultatif, ce qui ne l'apparente pas à celui d'une troisième Chambre.

Dans sa nouvelle rédaction (issue de la révision de 2008), le titre XI de la Constitution fixe à 233 le nombre maximum des membres du Conseil et prévoit que sa composition et ses règles de fonctionnement seront fixées par une loi organique. Cette loi, promulguée en juin 2010, élargit le cercle des milieux représentés. Comme par le passé, le Conseil comprend des représentants des salariés (69) et des entreprises (61), désignés par leurs organisations syndicales respectives, et des représentants des professions libérales (4). S'y ajoutent 60 membres désignés au titre de la *« cohésion sociale et territoriale et de la vie associative »,* provenant principalement de l'économie mutualiste, des associations familiales ou des collectivités d'Outre-Mer, et 33 membres qualifiés en matière de protection de la nature et de l'environnement (des décrets ultérieurs précisent ces dispositions). Le mandat des membres du CESE est de cinq ans, renouvelable une fois, et ils perçoivent une indemnité égale au tiers de celle des parlementaires.

C'est principalement au gouvernement qu'il appartient de saisir le Conseil. Son **avis** peut être demandé sur des projets de loi, d'ordonnance ou de décret, et doit l'être sur *« tout plan ou tout projet de loi de programmation à caractère économique, social ou environnemental »* (article 70 de la Constitution) : il faut entendre par là des textes qui définissent des objectifs à moyen ou long terme et comportent les prévisions de dépenses correspondantes. Le gouvernement et le Parlement peuvent aussi le consulter sur tout problème de caractère économique, social ou environnemental, et le Conseil a maintenant la faculté de désigner l'un de ses membres pour exposer devant les assemblées parlementaires l'avis rendu sur les projets de textes qui lui sont soumis. Enfin le Conseil peut aussi, de sa propre initiative, attirer l'attention du gouvernement sur des problèmes relevant de sa compétence.

La révision constitutionnelle de 2008, précisée par la loi organique du 6 juin 2010, a introduit une innovation encore peu utilisée : le Conseil peut désormais être saisi par voie de **pétition**, présentée par au moins 500 000 personnes[104] ; l'assemblée plénière se prononce sur les questions soulevées et les suites qu'elle propose d'y donner ; son avis est adressé au Premier ministre, ainsi qu'aux deux assemblées parlementaires, et publié au *Journal officiel*.

Les délibérations du Conseil sont préparées au sein de sections spécialisées par secteur d'activité dont les rapports, souvent intéressants, sont soumis à l'assemblée plénière en vue de l'adoption par celle-ci des avis qu'elle rendra au gouvernement ; mais ces avis reflètent la composition très hétérogène de l'assemblée et sont donc, de ce fait, souvent moins constructifs.

3. Le Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel est une innovation notable de la Ve République, et on a déjà dit que son rôle s'est considérablement accru depuis sa création. Uniquement conçu, à l'origine, comme un « contrôleur » du respect par le Parlement du domaine réglementaire, il s'est progressivement transformé en censeur de toutes les atteintes que la loi pourrait porter à l'ensemble des principes posés par la Constitution.

Trois étapes principales ont jalonné cette évolution. La première, due au Conseil lui-même, a consisté en l'inclusion du Préambule dans les normes auxquelles le législateur doit se conformer : une décision de 1971 a ainsi affirmé que la liberté d'association ne peut être restreinte, parce qu'elle compte *« au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le Préambule de la Constitution »*. La seconde étape réside dans l'élargissement des possibilités de saisine du Conseil : une réforme constitutionnelle intervenue en 1974 a accordé aux parlementaires le droit de lui déférer une loi pour examen, et les membres des oppositions successives

103. Les mots *« et environnemental »* ont été ajoutés par la révision constitutionnelle de 2008.

104. Ainsi, en février 2013, une pétition des opposants au mariage pour tous, signée par près de 700 000 personnes, avait été déposée au CESE mais déclarée irrecevable par ce dernier.

ont largement usé de cette faculté, si bien que très peu de lois importantes sont aujourd'hui promulguées sans que le Conseil se soit prononcé à leur sujet. La troisième étape résulte de la révision de **2008**, qui a ouvert aux plaideurs, sous certaines conditions, la possibilité de demander que le Conseil déclare inconstitutionnelle une disposition législative dont dépend l'issue de leur procès (procédure dite **« question prioritaire de constitutionnalité »**).

La composition du Conseil, toutefois, n'a pas été modifiée. Ses compétences et son mode de fonctionnement n'ont pas non plus varié, mais sa jurisprudence s'est beaucoup enrichie et les commentaires auxquels elle donne lieu sont assez contrastés.

1. La composition du Conseil constitutionnel

Le Conseil comprend **neuf membres** : trois d'entre eux sont nommés par le président de l'Assemblée nationale, trois par celui du Sénat et trois par le président de la République, qui désigne également celui des neuf membres qui présidera le Conseil[105]. Le mandat des membres est de **neuf ans** et ne peut être reconduit ; un renouvellement par tiers a lieu tous les trois ans. Aucune compétence juridique n'est requise pour les nominations même si, dans la période récente, les juristes ont été largement majoritaires en son sein, réduisant ainsi le caractère politique qui lui était parfois reproché[106]. Les anciens présidents de la République en sont membres de droit à vie[107] et ne prêtent pas serment, mais seuls Jacques Chirac, Valéry Giscard d'Estaing et, jusqu'à une date récente, Nicolas Sarkozy avaient choisi de prendre part à ses travaux. La commission Jospin a proposé de mettre fin à cette particularité française.

Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont **incompatibles** avec l'exercice d'un mandat électif national ou local, avec l'occupation d'un poste de responsabilité au sein d'un parti politique et, bien entendu, avec la qualité de membre du gouvernement. De plus, la loi organique du 11 octobre 2013 interdit tout cumul avec d'autres activités professionnelles ou salariées. Les fonctions sont protégées par un régime de quasi-inamovibilité : elles ne peuvent prendre fin qu'en cas de survenance d'une incompatibilité, de perte des droits civils et politiques, ou d'incapacité physique permanente ; et, dans les trois cas, la démission d'office ne peut être prononcée que par le Conseil lui-même[108]. Ces règles confèrent à ses membres des garanties d'**indépendance** analogues à celles dont bénéficient les magistrats.

Traditionnellement, le secrétaire général[109] du Conseil constitutionnel – actuellement Laurent Vallée – est membre du Conseil d'État[110].

2. Les compétences du Conseil

Ses compétences sont variées et certaines d'entre elles ont déjà été mentionnées dans les chapitres précédents : en particulier, le contrôle de la régularité des élections présidentielles et législatives, ainsi que les avis donnés au président de la République sur la mise en œuvre de l'article 16 (voir page 32). L'appréciation de la **constitutionnalité des normes** demeure cependant la principale de ces compétences ; le Conseil l'exerce tantôt à titre obligatoire, tantôt à titre facultatif.

Il est obligatoirement saisi des lois organiques (voir page 19) et des règlements intérieurs des assemblées, et peut l'être, s'agissant des lois ordinaires, dans deux hypothèses visées à l'article 61 de la Constitution. La première, qui concerne d'éventuels empiétements du Parlement sur le domaine réglementaire, a été décrite à propos de la fonction législative. La seconde, plus générale, couvre tous les autres cas de non-conformité d'une loi à une disposition constitutionnelle. Jusqu'à la révision de 2008, il s'agissait uniquement d'un contrôle *a priori* (voir ci-dessous), c'est-à-dire déclenché après le vote de la loi mais avant sa promulgation.

Aux termes de l'article 54, le Conseil peut également être saisi lorsqu'un **traité** auquel la France est partie semble comporter des clauses incompatibles avec la Constitution. Le Conseil examine alors le traité pour déterminer si tel est bien le cas et, dans l'affirmative, la ratification du traité par le Parlement ne pourra intervenir qu'après une révision constitutionnelle. Il en a été ainsi, notamment, pour les traités de Maastricht et d'Amsterdam relatifs à l'Union européenne, dont le Conseil a estimé qu'ils restreignaient la souveraineté nationale en matière d'élections et de contrôle aux frontières, et qui n'ont pu être ratifiés qu'après une telle révision.

Il convient de signaler, toutefois, le cas particulier des lois adoptées par la **voie du référendum** prévu à l'article 11 de la Constitution. De telles lois ne pouvant porter que sur des domaines limitativement énumérés, elles interviennent en fait très rarement et n'ont pas, juridiquement, une autorité supérieure à celle des lois votées par le Parlement. Celui-ci pourrait donc les modifier ou les abroger ultérieurement, car l'article 11 ne le dessaisit pas de sa compétence mais prévoit seulement une procédure d'adoption concurrente. Le Conseil se refuse cependant à apprécier

105. Depuis février 2016, le président du Conseil constitutionnel est Laurent Fabius.

106. En 2012, le Conseil était monocolore, à une exception près. Le renouvellement intervenu en 2013 a partiellement corrigé cette situation ; de plus, pour la première fois, trois femmes ont été nommées simultanément.

107. Cette disposition singularise la France parmi les nombreux pays qui ont une Cour constitutionnelle ; elle paraît d'autant plus malvenue qu'avec l'introduction du contrôle *a posteriori*, un ancien président pourrait se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi adoptée pendant son mandat, c'est-à-dire avec son assentiment. En décembre 2014, le président Hollande a annoncé son intention de ne pas siéger au Conseil à l'issue de son mandat présidentiel.

108. L'hypothèse ne s'est encore jamais produite ; toutefois, Roland Dumas, alors président du Conseil, en a démissionné en 1999, car sa mise en examen pour complicité d'abus de biens sociaux rendait son maintien en fonction très délicat.

109. Le secrétaire général, nommé par décret du président de la République, dirige les quatre services du Conseil.

110. La seule exception a concerné la période 1983-1986 où un magistrat de l'ordre judiciaire, conseiller de cour d'appel, Bernard Poullain, a occupé le poste.

la constitutionnalité des lois référendaires, au motif que ces lois « *constituent l'expression directe de la souveraineté nationale* » ; il en a décidé ainsi en 1962, à propos de la loi instituant l'élection du président de la République au suffrage universel (que le général de Gaulle avait préféré soumettre au référendum plutôt qu'au Parlement), et il a confirmé cette position en 1992.

3. La procédure

Depuis la révision constitutionnelle de 2008, il faut distinguer entre deux formes de contrôle : d'une part, le contrôle *a priori*, qui ne peut être déclenché qu'avant la promulgation d'une loi et seulement par des autorités politiques, d'autre part le contrôle *a posteriori*, qui s'exerce par le biais de la **question prioritaire de constitutionnalité** (QPC), ouverte à tout plaideur qui estime qu'une loi dont dépend l'issue de son procès porte atteinte aux droits ou libertés que la Constitution garantit (article 61-1).

a) Le contrôle *a priori*

Aux personnes habilitées dès l'origine à saisir le Conseil constitutionnel (le président de la République, le Premier ministre et les présidents des deux assemblées), s'ajoutent, depuis la réforme de 1974, soixante députés ou soixante sénateurs. Les lettres de saisine comportent habituellement de nombreux motifs (ou moyens) de saisine. Le Conseil examine tous les moyens invoqués et y répond toujours, mais il lui arrive aussi de soulever des moyens d'office, c'est-à-dire de relever des irrégularités qui n'avaient pas été mentionnées dans les saisines[111]. La « défense » du texte est assurée par le Secrétariat général du Gouvernement qui transmet les observations écrites du gouvernement au Conseil. Elles sont communiquées aux auteurs des saisines (les requérants), ce qui fait de cette procédure une procédure contradictoire.

b) Le contrôle *a posteriori*

Il s'exerce à l'occasion d'un **procès** et permet au plaideur de demander au juge qui en est saisi de surseoir à statuer en attendant que la constitutionnalité d'une loi dont dépend la solution du litige soit vérifiée. Un mécanisme de filtrage assez serré a été institué à cet effet : si le tribunal estime que la requête est fondée, il ne peut le déclarer lui-même, mais doit, selon la hiérarchie à laquelle il appartient (tribunal administratif ou judiciaire[112]), en saisir la juridiction suprême (Conseil d'État ou Cour de cassation) ; celle-ci dispose d'un délai de trois mois pour se prononcer ; elle peut soit rejeter la demande, soit, si elle l'estime justifiée, la transmettre au Conseil constitutionnel, qui doit également rendre sa décision dans un délai de trois mois. La procédure devant le Conseil est publique et contradictoire, ce qui signifie que l'avocat du plaideur peut être entendu. Si le Conseil fait droit à la demande – c'est-à-dire estime que la loi contestée porte atteinte aux droits ou libertés garantis par la Constitution – la loi « *est abrogée à compter de la publication de (sa) décision* », et ne peut donc être appliquée au procès en cause, ni à aucune autre occasion.

La première décision du Conseil rendue en ce domaine était très attendue et a connu un retentissement important. Il s'agissait des pensions servies aux anciens combattants algériens de la Seconde Guerre mondiale, dont le montant, aux termes d'une loi de 1962, n'était pas révisable, contrairement à celui des pensions versées à leurs homologues français : le Conseil, au nom du principe d'égalité, a déclaré cette loi contraire à la Constitution[113]. Par la suite, il a également jugé inconstitutionnel le régime de la garde à vue. Entre mai 2010 et mars 2016, le Conseil a rendu 468 décisions portant sur des QPC ; dans les deux tiers des cas, il a déclaré la loi contestée conforme à la Constitution. Mais, dans le tiers restant, il a admis l'inconstitutionnalité totale ou partielle, y compris dans des cas de grande importance.

c) Les normes de référence ou « bloc de constitutionnalité »

Les normes de référence (c'est-à-dire par rapport auxquelles le Conseil apprécie les dispositions d'une loi et la procédure de son adoption) sont généralement désignées sous le nom de « bloc de constitutionnalité », car elles sont de nature différente. Elles comprennent plusieurs éléments.

– Le **texte constitutionnel** proprement dit, dont les articles ont généralement un contenu précis. C'est par rapport à lui que peuvent être appréciées, par exemple, d'éventuelles incursions de la loi dans le domaine réglementaire, ou la nécessité du contreseing d'un ministre.

– Deux proclamations solennelles par lesquelles ont été posés les principes qui doivent guider et encadrer l'action des pouvoirs publics : la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**, où sont énumérées les principales libertés individuelles, et le **Préambule** de la Constitution de 1946 qui a été « réaffirmé » en 1958 et consacre en tant que « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* » des droits sociaux tels que le droit de grève ou le droit à la protection de la santé[114]. Ont été ajoutés par la révision de 2005 les « *droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004* ».

– Les « **principes fondamentaux reconnus par les lois de la République** » auxquels renvoie le Préambule : ils résultent de grandes lois votées sous la IIIe République et sont considérés comme inhérents à l'essence d'un régime

111. L'un des cas dans lequel il l'a fait eut un grand retentissement : saisi en 1992 d'une loi comportant, entre autres dispositions, un article selon lequel les listes de candidats aux élections municipales ne pourraient comporter plus de 75 % de personnes du même sexe, le Conseil a déclaré cet article contraire à la règle constitutionnelle d'égalité des citoyens, alors que le Parlement l'avait adopté presque à l'unanimité et que la saisine n'en faisait pas mention. En raison de cette décision, le principe de l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions électives ne put être introduit dans notre droit que par une révision de la Constitution, qui eut lieu en 1999.

112. Sur cette distinction, voir p. 137.

113. Compte tenu du temps nécessaire pour la révision du montant de ces pensions, et surtout de la charge financière qu'elle représente, le Conseil a toutefois accordé un délai de sept mois au législateur pour prendre les dispositions nécessaires, les procès en cours étant suspendus pendant cette durée.

114. Le président Nicolas Sarkozy avait plusieurs fois exprimé son souhait de voir évoluer les principes posés par le Préambule. Mais, dans son rapport rendu en décembre 2008, le comité qu'il avait nommé pour réfléchir à cette évolution, présidé par Simone Veil, s'est déclaré défavorable à la révision du Préambule.

démocratique. On peut citer, à titre d'exemples de ces principes, la liberté d'association, l'indépendance de la juridiction administrative et le respect des droits de la défense devant les juridictions répressives. Mais la liste n'est ni fixée, ni close : le Conseil les « découvre » progressivement, et peut ainsi à la fois enrichir ses normes de référence et approfondir son contrôle des lois.

– Les **« objectifs de valeur constitutionnelle »** qui, comme l'indique leur dénomination, constituent des finalités plutôt que des normes et permettent de résoudre des conflits éventuels entre les principes à respecter : ainsi la sauvegarde de l'*ordre public*, considérée comme un objectif à ne pas enfreindre, peut-elle justifier des restrictions à la libre communication des idées ; et, à l'inverse, *« le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale »*, dont dépend la possibilité pour les lecteurs de se former une opinion éclairée, est selon le Conseil un objectif qui s'oppose à une concentration excessive des entreprises de presse. Ces dernières années, le Conseil a annulé plusieurs dispositions qui ne respectaient pas le principe d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

Ces trois dernières catégories de normes de référence sont à la fois plus vagues et plus évolutives que la première, et leur utilisation fournit au Conseil un arsenal de moyens de contrôle qui est parfois contesté, soit par des juristes attachés au principe de la souveraineté de la loi, soit – plus souvent – par la majorité politique du moment, qui s'irrite de voir son œuvre censurée. Ainsi un Premier ministre (Édouard Balladur) regrettait-il, devant le Congrès réuni en 1993, que le Conseil se réfère à *« des principes généraux plus philosophiques et politiques que juridiques, quelquefois contradictoires et, de surcroît, conçus à des époques bien différentes de la nôtre ».* Mais Robert Badinter, qui présidait alors le Conseil, eut beau jeu de lui rappeler que, de 1988 à 1993, il avait personnellement signé, en tant que député de l'opposition, dix saisines invoquant ces principes et que sept d'entre elles aboutirent à une censure au moins partielle[115]. Et il est indéniable qu'une bonne part des décisions protégeant les libertés individuelles ou collectives a été rendue sur le fondement de tels principes.

Bien qu'elles ne fassent pas partie du bloc de constitutionnalité, une place particulière doit désormais être réservée aux **directives européennes :** le nouvel article 88-1 de la Constitution posant en principe le consentement de la France à l'exercice commun de certaines compétences, une loi ne saurait être déclarée inconstitutionnelle lorsqu'elle se borne à transposer une directive, excepté dans l'hypothèse où cette directive contreviendrait à une disposition expresse de la Constitution et propre à celle-ci (ce serait le cas, par exemple, du principe de laïcité). Allant encore plus loin dans cette voie, le Conseil constitutionnel a jugé, dans une décision rendue le 30 novembre 2006, qu'une loi méconnaissant les dispositions d'une directive était de ce seul fait entachée d'inconstitutionnalité.

4. Les décisions du Conseil

Qu'elles résultent du contrôle *a priori* ou *a posteriori*, elles sont analogues, par leur rédaction, à celles des tribunaux : des « considérants » exposant les moyens invoqués dans la saisine et l'opinion du Conseil à leur égard précèdent et fondent le dispositif, c'est-à-dire le jugement porté sur la régularité de la loi.

Pendant longtemps, ce jugement s'est limité à un constat sans nuance : ou bien la loi était conforme à la Constitution, auquel cas elle pouvait être promulguée, ou bien elle contrevenait sur certains points à l'une de ses dispositions et devait donc être amendée. À cette technique s'est récemment ajoutée celle de la déclaration de **conformité sous réserve** : la loi sera applicable, mais à condition d'être interprétée d'une certaine manière ou de ne pas aboutir à un certain résultat. Ainsi, la loi de 1993 relative à l'immigration, qui interdisait de délivrer une carte de résident *« à tout étranger qui vit en état de polygamie »*, doit-elle être interprétée comme n'étant applicable *« qu'aux étrangers vivant en France en état de polygamie »*. Et la décision de 1986 relative à la loi de privatisation précise que celle-ci ne doit pas aboutir à la prise de contrôle des entreprises publiques par des groupes étrangers. Cette dernière décision, comme plusieurs autres intervenues dans des domaines différents, énonce aussi un certain nombre de principes auxquels le législateur et le pouvoir réglementaire devront se conformer dans la suite des opérations, si bien qu'elle les guide autant qu'elle les encadre.

Les décisions du Conseil doivent être rendues dans un délai d'**un mois** à compter de la date de la saisine (ce délai peut être réduit à huit jours si le gouvernement invoque l'urgence). Elles sont publiées au *Journal officiel*[116] et ne sont susceptibles d'aucun recours. Aux termes de la Constitution, elles s'imposent à tous les pouvoirs publics, y compris les juridictions : ces dernières, après quelques tentatives de résistance, se sont maintenant pliées à la règle et il n'est pas rare qu'elles infléchissent une jurisprudence pour tenir compte d'une décision du Conseil, à laquelle elles se réfèrent parfois expressément.

5. L'influence du Conseil

Quantitativement, qualitativement et politiquement, l'influence des décisions du Conseil est importante.

– D'une part, le **nombre des décisions** qu'il rend s'élève régulièrement : on en comptait en moyenne entre trois et quatre par an de 1959 à 1974, douze par an entre 1975 et 1980, et plus de cent en 2015, non compris le

115. *« En accueillant ainsi l'argumentation présentée par la minorité,* poursuivait Robert Badinter, *que faisait alors le Conseil constitutionnel : du droit ou de la politique ? »* (*Le Monde*, 23 novembre 1993). Le mécontentement du Premier ministre s'expliquait par la nécessité où il s'était trouvé de provoquer une révision constitutionnelle parce que le Conseil avait estimé que les dispositions relatives au droit d'asile contenues dans la convention de Schengen étaient incompatibles avec les principes énoncés dans le Préambule.

116. Contrairement à celles d'autres cours constitutionnelles, notamment la Cour suprême des États-Unis, elles n'indiquent pas à quelle majorité la décision a été adoptée et ne sont pas assorties d'éventuelles opinions dissidentes.

contentieux électoral[117]. L'élargissement des conditions de saisine explique le premier accroissement, mais ce sont les alternances politiques qui sont à la source du second. L'opposition parlementaire a pris en effet l'habitude de déférer au Conseil toutes les lois de quelque importance qui ont été adoptées contre son gré. Il en résulte que le Conseil a eu à s'occuper de pratiquement tous les grands problèmes actuels : nationalisations puis privatisations, interruption volontaire de grossesse, statut de la presse écrite et audiovisuelle, construction européenne, Pacs, bioéthique, mariage pour tous, etc., et que les règles adoptées dans ces différents domaines ont souvent été marquées par ses observations.

– D'autre part, ses décisions traduisent à la fois le souci d'imposer une certaine **modération** aux majorités politiques successives et celui de **protéger** efficacement **les libertés**.

Le souci de maintenir ce que l'on pourrait appeler l'**éthique démocratique** est également une constante. Il s'est ainsi traduit, au fil des décisions, par la protection des droits individuels contre la mise en place de techniques sécuritaires comme les fouilles de véhicules, les perquisitions et la vidéosurveillance[118] ; par la censure de dispositions trop discriminatoires à l'égard des étrangers installés en France, telles la restriction du droit au regroupement familial et l'exclusion du bénéfice de certaines aides sociales ; par la sauvegarde des droits de la défense au cours des procédures répressives, celle de la dignité de la personne humaine face aux développements possibles de la bioéthique ou le respect du principe d'égalité[119]. Dans tous ces domaines, l'apport du Conseil à la préservation des valeurs humanistes sur lesquelles se fondent les sociétés est incontestable. Son rôle pédagogique est particulièrement utile en période d'alternance, car les décisions rendues écrêtent souvent ce que les nouvelles lois peuvent avoir d'excessif, et contribuent ainsi à éviter de trop graves ruptures d'équilibre. Du même coup, elles confortent la pérennité des principes fondateurs : appliqués de la même manière à des majorités différentes, ils acquièrent aux yeux de la collectivité une valeur plus incontestable, en faisant apparaître ce qui doit demeurer stable par-delà les changements.

– Enfin, le Conseil est peu à peu devenu l'une des **pièces du jeu politique,** dans la mesure où il donne une nouvelle possibilité à l'opposition parlementaire de faire prendre en compte son opinion : ce qu'elle n'a pu arracher à la majorité au cours de la procédure législative – le rejet ou la modification sensible d'un projet de loi –, elle conserve une chance de l'obtenir du juge, et la saisine tend à devenir un véritable réflexe[120]. De son côté, le gouvernement compte parfois tacitement sur le Conseil pour atténuer quelques aspects excessifs d'une loi qu'il a laissé passer pour ne pas mécontenter l'aile dure de sa majorité. On ne peut certainement pas dire que le Conseil constitue une troisième Chambre ; mais son intervention ajoute sans doute une sorte de mi-temps juridique à celle, politique, qui s'est déroulée au Parlement.

Cette influence modératrice ne suscite pas toujours l'enthousiasme de la majorité du moment, qui voit d'un mauvais œil les censures de son œuvre alors même qu'elle ne se privait pas de déférer au Conseil celle de ses prédécesseurs[121]. Elle n'est pas, toutefois, fondamentalement contestée ; et la cote de popularité générale de la juridiction constitutionnelle dans l'opinion publique s'avère élevée, comme elle l'est d'ailleurs dans presque tous les pays qui l'ont instituée.

Appréciation du système

L'introduction de l'**exception d'inconstitutionnalité** constitue en soi un progrès important : elle empêche en effet que des dispositions législatives ayant échappé au contrôle *a priori* deviennent incontestables, en ce sens que les juges administratifs et judiciaires devront les appliquer même lorsqu'ils constatent qu'elles sont contraires à la Constitution et emportent des effets nocifs que le législateur n'avait peut-être pas voulus. La réforme avait été plusieurs fois proposée, notamment en 1993 par le comité Vedel, mais se heurta à l'opposition d'une partie des parlementaires et ne put donc aboutir.

Le mécanisme comporte toutefois quelques **imperfections**. D'abord sa lenteur, en partie due aux filtrages successifs, et les coûts qu'il implique (notamment les frais d'avocat, particulièrement élevés devant les juridictions suprêmes). Ensuite une restriction prévue par la loi organique de 2009 : une loi ayant été préalablement déclarée conforme à la Constitution par le Conseil ne peut plus faire l'objet d'une contestation, sauf en cas de « changement de circonstances » ; on entend par là une modification de l'ordonnancement juridique (par exemple, l'intervention d'un traité) ou de la situation de fait (telle la disparition d'un trouble grave à l'ordre public). Mais l'évolution de l'opinion sur un problème donné ne paraît pas entrer dans la définition, alors qu'à propos de questions telles que la peine de mort ou l'interruption volontaire de grossesse, elle a été dans plusieurs pays étrangers à la source de changements jurisprudentiels importants.

117. L'introduction du contrôle *a posteriori* explique une partie de cet accroissement. S'agissant du contentieux électoral concernant les élections législatives de 2012, le Conseil a été saisi de 108 réclamations de candidats ou d'électeurs : il a annulé les opérations électorales dans sept circonscriptions, assortissant souvent ces décisions de peines d'inéligibilité.

118. Cette protection a parfois cédé du terrain dans l'appréciation des lois « sécuritaires » édictées après les attentats survenus en septembre 2001 aux États-Unis.

119. Le Conseil a ainsi invalidé, en 2015, un amendement de Jean-Marc Ayrault instaurant une contribution sociale généralisée (CSG) pour les salariés à bas revenu, alors que les non-salariés étaient exclus du dispositif.

120. La presse et l'opinion publique se sont d'ailleurs tellement accoutumées à ces saisines qu'elles s'y préparent dès la fin des débats parlementaires et auraient sans doute l'impression, si elles ne se produisaient pas, d'assister à un arrêt de jeu.

121. On assiste même parfois à de spectaculaires revirements d'opinion, tels députés devenus ministres à la suite d'une alternance présentant des projets similaires à ceux qu'ils avaient combattus sous la majorité précédente : par exemple, en 2002, à propos d'une répression aggravée des excès de vitesse commis par les automobilistes.

En définitive, on peut estimer que les plaideurs auraient davantage intérêt à invoquer, comme ils peuvent déjà le faire, la violation par la loi d'une convention internationale plutôt que sa contrariété avec la Constitution : la Convention européenne des droits de l'Homme, notamment, contient des dispositions tout aussi protectrices que celle-ci, et n'importe quel tribunal peut écarter l'application d'une loi qui lui serait contraire.

Une autre possibilité de réforme, plus radicale, consisterait à donner aux particuliers le **droit de saisir le Conseil** au cas où l'un de leurs droits constitutionnels se trouverait enfreint ; mais un tel système, bien qu'il fonctionne en Allemagne et en Espagne, rencontrerait sans doute des résistances encore plus grandes. Enfin on propose parfois, pour limiter le caractère presque exclusivement politique de la désignation des membres du Conseil et la suspicion de partialité qui peut en résulter, de modifier leur mode de nomination, ou du moins d'imposer que les personnalités choisies aient des qualifications juridiques. Pas plus que la précédente, toutefois, cette suggestion ne semble avoir des chances d'aboutir dans un avenir prévisible, car les autorités dont dépendent les nominations ne souhaitent pas voir restreindre leur liberté de choix.

Questions à réponse courte sur le droit constitutionnel

1. Un peu de méthode

En règle générale, il convient d'apporter une attention particulière au libellé de la question qui vous est posée, pour y adapter votre réponse. L'exemple suivant est particulièrement éclairant.

Si on vous interroge sur *« La révision constitutionnelle sous la Ve République »*, vous serez amenés à exposer le contenu de la procédure de révision, à partir du texte de la Constitution. Vous rappellerez la différence entre projet et proposition ; vous présenterez les deux voies possibles, passant par le Congrès ou par le référendum ; vous indiquerez les conditions de majorité dans chacune des Chambres puis au Congrès. Rien ne vous interdit de souligner certains aspects liés à la pratique, par exemple le fait que la voie du Congrès a été beaucoup plus fréquemment utilisée que le vote populaire. Il faudra rappeler, en conclusion, qu'on a parfois révisé la Constitution dans d'autres conditions que celles qu'elle avait prévues (révision de 1962). Mais l'analyse essentielle reposera sur l'étude des dispositions de l'article 89 de la Constitution.

Au contraire, si votre sujet s'intitule *« Les révisions constitutionnelles sous la Ve République »*, vos développements devront être en partie différents. Vous insisterez plus sur la pratique constitutionnelle que sur les textes. Certes, vous soulignerez, comme dans le sujet précédent, que toutes les procédures prévues par la Constitution, que vous ne décrirez pas en détail, ont été utilisées : référendum à propos du quinquennat en 2000 ; passage par le Congrès dans la plupart des cas. Vous rappellerez qu'on a même recouru à des procédures non prévues dans le texte constitutionnel pour ce type de réforme (référendum de l'article 11 pour l'élection du président de la République en 1962). Mais vous devrez surtout :
a) rappeler les principales hypothèses dans lesquelles les révisions ont eu lieu en essayant de les regrouper logiquement : par exemple, beaucoup de révisions récentes sont rendues indispensables pour permettre les transferts de souveraineté nécessités par les engagements internationaux de la France, en particulier dans le cadre européen (1992, 1995, 2005) ;
b) opposer la relative stabilité de la Constitution entre 1958 et 1992 et la fréquence des révisions ultérieures ;
c) souligner l'inégale importance des révisions. En dehors de celles concernant l'Europe, ce sont surtout la révision en 1962 du mode d'élection du président de la République et la transformation en 1974 du mode de saisine du Conseil constitutionnel qui ont profondément modifié les équilibres institutionnels, tout comme les révisions de 2000 et de 2008.

2. Questions / réponses

Qu'est-ce que la souveraineté nationale ?

La réponse à cette question vous amènera à vous situer successivement sur trois plans :
– un plan historique, pour rappeler que l'affirmation de cette notion a traduit la volonté des révolutionnaires de 1789 de substituer au pouvoir royal la souveraineté de la Nation, dont ils entendaient faire la source de toute légitimité, le roi et l'Assemblée n'étant que les représentants de la Nation ;
– un plan théorique, qui vous conduira à opposer la souveraineté nationale à la souveraineté populaire : la première fonde une démocratie représentative alors que la seconde introduit de nombreux éléments de démocratie directe, comme le référendum ;
– un plan pratique, en soulignant que l'article 3 de la Constitution de 1958 entend concilier les deux formes de la souveraineté, en affirmant que *« la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum »*.

Voir page 15.

Quelles sont les fonctions du président de la République sous la Ve République ?

Pour répondre à cette question, vous serez conduits non seulement à citer et à résumer les deux catégories de pouvoirs que lui accorde la Constitution (« pouvoirs propres », dispensés de contreseing, et « pouvoirs partagés », soumis au contreseing du Premier ministre et des ministres), mais aussi à rappeler que l'interprétation et l'étendue de ses pouvoirs dépendent étroitement de la situation politique. En période de cohabitation, le président rappelle les règles du jeu et peut ralentir ou entraver l'action du gouvernement : on est plus proche de la notion traditionnelle « d'arbitrage » ; lorsque la majorité parlementaire coïncide avec la majorité présidentielle, ses pouvoirs d'impulsion et de décision sont au contraire beaucoup plus forts.

Voir pages 29 et suivantes.

La place du Sénat dans le processus législatif.

Pour traiter cette question, il vous faudra souligner que, même si la Constitution de 1958 a voulu donner au Sénat plus d'importance qu'il n'en avait sous la IVe République, elle l'a maintenu dans une position d'infériorité par rapport à l'Assemblée nationale, son mode d'élection (suffrage indirect) ne lui donnant pas la même légitimité que celle dont bénéficie l'Assemblée.

– Le renforcement du Sénat a consisté à lui donner les mêmes pouvoirs que l'Assemblée en matière d'initiative

législative : la plupart des lois peuvent être présentées en premier lieu à n'importe laquelle des deux assemblées et elles doivent être, en principe, votées en termes identiques par chacune d'elles ; des procédures visant à faciliter leur accord (navette, commission mixte paritaire…) ont été instaurées.

– Son infériorité se traduit essentiellement sur deux points : le fait que les lois de finances ou de financement de la Sécurité sociale doivent d'abord être présentées à l'Assemblée ; le fait qu'en cas de désaccord persistant, l'Assemblée nationale aura le dernier mot, si le gouvernement souhaite voir aboutir le texte discuté.

Vous pourrez souligner en conclusion, d'une part, que le gouvernement a fait voter en 2003 une révision constitutionnelle obligeant à présenter toutes les lois concernant les collectivités locales au Sénat avant de les faire discuter à l'Assemblée nationale, et que cela traduisait une volonté de revaloriser le rôle du Sénat.

Voir pages 45 et suivantes.

Quelles sont les modalités de dissolution de l'Assemblée nationale ?

Pour souligner l'intérêt de ce sujet vous pourrez indiquer, en introduction, que le droit de dissolution est généralement, dans les régimes parlementaires modernes, une contrepartie de la responsabilité gouvernementale. Dans la Constitution de 1958, il a aussi cette fonction et a été utilisé une fois, en 1962, pour « sanctionner » une assemblée qui avait renversé le gouvernement. Mais il peut également permettre d'en appeler au peuple pour résoudre une crise, comme ce fut le cas en 1968, ou de donner à un président de la République nouvellement élu une majorité parlementaire soutenant son programme, comme en 1981 ou en 1988. Cependant la coïncidence des élections du président et du Parlement rend désormais cette dernière hypothèse moins probable. L'expérience politique montre que le peuple n'apprécie pas l'utilisation totalement discrétionnaire de cette prérogative, sans raisons politiques convaincantes, comme le montre l'échec des partisans de Jacques Chirac aux élections de 1997, après la dissolution de l'Assemblée.

Vous rappellerez également que cette décision est dispensée de contreseing : une simple consultation du Premier ministre et des présidents des deux Chambres suffit et elle ne lie pas le président de la République. Vous mentionnerez enfin le délai dans lequel doit être élue la nouvelle assemblée (20 à 40 jours) et l'impossibilité pour le président de la dissoudre pendant l'année suivant cette élection.

Voir page 30.

Les lois référendaires ont-elles une autorité supérieure à celle des lois ordinaires ?

La possibilité de faire adopter une loi par référendum est prévue par l'article 11 de la Constitution mais rarement utilisée. En principe, les lois référendaires n'ont pas une autorité supérieure à celle des lois votées par le Parlement et elles pourront donc, par la suite, être modifiées par des lois ordinaires.

Mais l'article 11 a été utilisé dans deux circonstances différentes :
– la plupart du temps, dans le cadre prévu par la Constitution. Le principe qui vient d'être affirmé s'applique alors sans difficulté ;
– exceptionnellement, pour réviser en fait la Constitution : tel a été le cas de la révision qui a modifié le mode d'élection du président de la République, prévu à l'article 7 de la Constitution. Cette loi est inconstitutionnelle. Mais le Conseil constitutionnel a affirmé, dans une décision de 1962, qu'il n'était pas compétent pour contrôler la constitutionnalité d'une loi adoptée par référendum, qui est l'expression directe de la souveraineté nationale. Il a maintenu cette position par la suite, notamment en 1992, à propos de la loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne. Dans ces conditions, on imagine mal que de telles lois puissent ensuite être modifiées par de « simples » lois ordinaires : elles ne pourraient l'être que par des révisions constitutionnelles. À la suite de cette jurisprudence, la loi référendaire a donc acquis, dans les faits et à l'encontre des principes juridiques, une autorité particulière.

Voir pages 18 et 53.

À quel titre le président de la République intervient-il dans le processus législatif ?

La manière la plus simple de traiter cette question est de suivre l'ordre de la procédure législative.

– Le président ne dispose pas, juridiquement, du pouvoir d'initiative, même si, politiquement, il peut utiliser l'influence dont il dispose sur le gouvernement quand celui-ci appartient au même camp politique que lui, pour lui demander de présenter un projet de loi sur telle ou telle question (hypothèse fréquente). En revanche, dans les domaines prévus à l'article 11 de la Constitution, il peut soustraire un projet de loi à l'examen du Parlement, en décidant de le soumettre au référendum.

– Le président n'intervient pas pendant le vote de la loi par le Parlement.

– Le président promulgue la loi votée. Mais il peut, avant de le faire, en demander une nouvelle délibération. Il peut aussi la déférer au Conseil constitutionnel, afin que celui-ci vérifie sa constitutionnalité.

Voir pages 45 et 54.

Partie II
Droit administratif

Titre 1 L'organisation administrative

Titre 2 L'action administrative

Titre 3 Le contrôle de l'administration

Introduction

1. L'apparition du droit administratif

La fin de l'Ancien Régime avait été marquée par d'incessants conflits entre le pouvoir royal et les tribunaux. En usant de leur « droit de remontrance », ceux-ci, qu'on appelait alors les « parlements », prétendaient en effet s'opposer à l'application des édits royaux. Lorsqu'ils prennent le pouvoir, les révolutionnaires de 1789 ne souhaitent pas être exposés aux mêmes difficultés. Ils votent donc une loi, celle des 16 et 24 août 1790, qui interdit aux tribunaux ordinaires de *« troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ou de citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions »*, c'est-à-dire en bref de juger l'administration.

À partir de cette loi, les litiges où l'administration est en cause ont été jugés par l'administration elle-même. Puis en 1799, avec la Constitution de l'an VIII, Bonaparte créa un Conseil d'État composé de juristes qui fut chargé, comme son nom l'indique, de conseiller le gouvernement sur toutes les questions juridiques importantes qu'il rencontrait. À ce titre, il examinait tous les recours contre l'administration et proposait au chef de l'État la solution à y apporter. La décision finale restait à ce dernier, qui était libre de suivre ou de ne pas suivre l'avis présenté.

À ce système de la justice « retenue », la loi du 24 mai 1872, prise au tout début de la IIIe République, substitua celui de la justice **« déléguée »**. La décision du Conseil d'État était désormais définitive ; elle n'avait plus à être approuvée par le chef de l'État. Rendue *« au nom du peuple français »*, elle était exécutoire et le Conseil d'État est ainsi devenu un véritable juge.

Lorsqu'un particulier a un litige avec l'administration, il ne peut donc pas le porter devant le juge ordinaire, par exemple un tribunal de grande instance. Lorsqu'un fonctionnaire a un conflit du travail avec son administration, il n'ira pas présenter son recours au conseil des prud'hommes. Il existe des juges spécifiques, seuls compétents pour juger les litiges où une administration est partie. C'est le principe dit de la **séparation** des autorités administratives et judiciaires.

Aussi, lorsqu'en 1872 une fillette est blessée dans un accident provoqué par un wagonnet appartenant à une administration de l'État, et que son père cherche à faire reconnaître la responsabilité de celle-ci pour la réparation du dommage, le Tribunal des conflits (voir page 138) dira logiquement que c'est au Conseil d'État, et non au juge civil ordinaire, qu'il appartient de juger l'affaire. Mais il ne se contentera pas de constater cette compétence dans son arrêt *Blanco* du 8 février 1873 : il ajoutera une affirmation d'une importance extrême, en indiquant que le **droit applicable** aux litiges administratifs n'est pas le droit commun, valable dans les rapports entre particuliers, mais que c'est un droit spécial, qui a ses règles propres.

Autrement dit, l'existence d'un juge spécial pour l'administration, le juge administratif, va entraîner l'existence d'un droit spécial applicable à l'administration, le droit administratif. Ce droit, à la différence du droit civil, par exemple, n'est pas codifié de façon cohérente dans un Code unique, il est éclaté entre de nombreux textes d'importance inégale et ce sera précisément le rôle du Conseil d'État d'en dégager les principes généraux. Le droit administratif est donc largement un droit **« jurisprudentiel »**.

En quoi consiste l'originalité du droit administratif ? Essentiellement en deux points.

1) Par rapport aux particuliers, l'administration dispose de **privilèges spéciaux**. Le plus important est le privilège du préalable, que l'on appelle aussi privilège de la décision exécutoire. Lorsqu'un particulier prétend disposer d'une créance sur un autre particulier qui la conteste, il doit saisir le juge pour la faire constater avant de pouvoir engager une action pour la recouvrer. Au contraire, l'administration n'a pas à saisir le juge ; elle prendra une décision ordonnant le paiement et, renversement des rôles par rapport au droit privé, c'est au débiteur de saisir éventuellement le juge s'il persiste à refuser de régler sa dette.

C'est ce qui s'est par exemple passé dans le cas suivant, jugé par le Conseil d'État le 13 janvier 1961 (arrêt *Magnier*). Pour lutter contre les insectes nuisibles aux récoltes, il avait été procédé à un épandage d'insecticide sur un territoire donné pour éliminer les hannetons. L'administration avait ensuite partagé la facture entre tous les propriétaires concernés et l'un d'entre eux arguait du fait que, n'ayant rien demandé, il ne pouvait se voir imposer une charge à laquelle il n'avait pas consenti. C'est à lui qu'il a incombé de saisir le juge pour contester la décision déjà prise et le juge a rejeté son recours, en indiquant que le pouvoir de l'administration pouvait la conduire à imposer, dans l'intérêt général, certaines charges à des administrés sans le consentement de ceux-ci.

Les **actes « unilatéraux »**, qui sont exceptionnels en droit privé (par exemple, une donation ou un testament) sont au contraire le mode d'action privilégié de l'administration (décrets pris par le gouvernement ou arrêtés pris par un ministre, un préfet ou un maire…). Et, alors qu'ils ne peuvent, en droit privé, produire des effets qu'après leur acceptation par ceux auxquels ils s'appliquent, ils sont, en droit administratif, applicables sans le consentement de leurs destinataires. Ce sont des « décisions exécutoires ».

L'arrêt *Préfet de l'Eure* du 30 mai 1913 et le privilège du préalable

Un enfant tombe subitement malade chez ses grands-parents, alors que ses parents habitent une autre commune. Il a droit à l'assistance médicale et les deux communes concernées se renvoient la balle pour en régler les frais. Le préfet, hésitant, demande au Conseil d'État de lui indiquer laquelle des deux communes doit supporter la charge de l'assistance. Celui-ci répond qu'il appartient au préfet de prendre une décision, quitte, pour la commune désignée, à la contester ensuite devant le juge. L'ordre des choses est donc clair : l'administration doit d'abord décider et c'est à celui qui subit la décision qu'il appartient de saisir le juge, postérieurement à la décision administrative.

2) L'administration est, à l'inverse, soumise à des **obligations** particulières qui vont au-delà de celles applicables aux individus ordinaires : elle est soumise à un **principe de légalité** qui ne résulte pas seulement de textes écrits, mais aussi de principes généraux qui ne s'appliquent pas en droit privé, par exemple un traitement égalitaire de toutes les personnes se trouvant dans des conditions comparables. Et, contrairement aux particuliers, elle est tenue de n'agir en toutes circonstances que dans des buts d'**intérêt général**. C'est au juge administratif qu'il appartient de vérifier en toutes circonstances le respect de ces obligations. Mais, pour les besoins de la vie ordinaire, les décisions prises par l'administration bénéficieront de la présomption de légalité.

La présomption de légalité

Les particuliers ont besoin de sécurité juridique : la vie quotidienne deviendrait vite insupportable si tout devait être en permanence mis en doute et contesté. C'est pourquoi le droit recourt à des modes de raisonnement qui visent à faciliter la vie de tous. Parmi ces procédés figure la présomption.

Celle-ci consiste à considérer comme *certain*, pour les besoins de la vie juridique, ce qui n'est que *très probable*. Si vous êtes né pendant le mariage de vos parents, on considérera comme certain que c'est bien le mari de votre mère qui est votre père et vous n'aurez à en apporter la preuve pour aucun de vos actes juridiques. C'est ce qu'on appelle, en droit civil, la *présomption de paternité*.

Si quelqu'un veut récuser la réalité de cette paternité, ce sera à lui d'apporter la preuve qu'elle est fausse et non à vous de prouver qu'elle est vraie. La présomption est donc une commodité de raisonnement, mais qui produit deux effets juridiques. En premier lieu, elle *renverse la charge de la preuve* : c'est à celui qui conteste qu'il appartient de prouver que la présomption ne correspond pas à la réalité. En second lieu, elle *renverse la charge de la saisine du juge*. C'est à celui qui conteste qu'il revient de saisir le juge pour faire constater son irréalité.

Les décisions de l'administration sont présumées légales. C'est donc à celui qui leur dénie ce caractère qu'il appartient de s'adresser au juge pour lui demander de se prononcer : l'administration, comme on l'a vu, n'a pas à le faire pour savoir si sa décision est bien la bonne, puisqu'elle dispose du privilège du préalable. Et c'est au requérant que le juge demandera d'apporter les preuves de ce qu'il avance et non à l'administration qu'il demandera de prouver la légalité de sa décision.

2. L'organisation et les missions de l'administration

L'administration est subordonnée à la fois au Parlement et au gouvernement : l'un et l'autre fixent, respectivement par voie législative et réglementaire, les grandes lignes de ses structures et les domaines de son intervention. Elle est, par ailleurs, placée sous le contrôle vigilant du juge administratif, qui a progressivement dégagé les principes auxquels son action doit se conformer, même en l'absence de textes spécifiques. Trois thèmes généraux permettent de retracer ses structures, ses tâches principales et la manière dont elle doit s'en acquitter.

1. Le thème de l'organisation

Les structures administratives sont devenues, au fil des décennies, de plus en plus complexes. Aux côtés des services centraux sont apparus des organismes spécialement chargés de gérer des problèmes ou des secteurs d'activité qui dépassent les compétences d'un ministère particulier : les établissements publics administratifs tels que le Centre national de la recherche scientifique (CNRS) ; les établissements publics à caractère industriel ou commercial (ainsi dénommés parce qu'ils fonctionnent sous le régime du droit privé) comme l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) ou l'Institut national de la consommation (INC) ; et la catégorie plus récemment apparue des autorités administratives indépendantes (AAI) qui échappent à toute tutelle parce que leur champ d'intervention correspond soit à la protection d'une liberté publique (Commission nationale de l'informatique et des libertés – CNIL – ou Défenseur des droits), soit à la protection des consommateurs ou la régulation de l'économie de marché (Autorité des marchés financiers), soit encore à l'évaluation d'établissements publics (Haut Conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur).

Une diversification analogue s'est produite au **niveau local**. La *région*, dotée de compétences importantes, constitue une collectivité territoriale de plein exercice au même titre que la *commune* et le *département*. De ces collectivités dépendent aussi des établissements publics comme les centres communaux d'action sociale ou des services de transports en commun. Et, à l'inverse, des regroupements tels que les *syndicats de communes* exercent des compétences au nom des collectivités qui en font partie.

Ces nouvelles structures, très diverses par leurs statuts et leurs champs d'intervention, ont l'intérêt de permettre une gestion plus rationnelle des tâches incombant à l'administration, mais elles compliquent aussi l'organigramme et le rendent parfois moins lisible pour l'usager, qui ne sait pas toujours à qui s'adresser pour le règlement d'un problème.

2. Le thème de l'action

Les missions qui incombent à l'administration sont de deux sortes. Les unes relèvent de la **réglementation** : elles consistent par exemple à assurer l'ordre public et la

salubrité par l'édiction d'obligations ou d'interdictions qui s'imposent aux particuliers. Les autres consistent en des **prestations**, comme les transports publics ou les aides sociales. À la différence des premières, leur étendue peut varier suivant les conceptions des majorités politiques qui se succèdent au pouvoir : les courants d'inspiration socialiste ont tendance à confier au secteur public un grand nombre d'activités d'intérêt collectif, tandis que ceux qui se réclament du libéralisme économique ne remettent pas en cause les fonctions dites « régaliennes », comme la police, mais considèrent qu'il faut laisser au secteur privé un grand nombre de fonctions de prestation qu'il pourrait, selon eux, assumer plus efficacement (les vagues successives de nationalisations puis de privatisations, entre 1981 et 1986, ont bien illustré cette différence de conceptions)[1].

La première des deux fonctions repose principalement sur l'édiction d'actes administratifs, mais la seconde en comporte aussi : pour reprendre l'exemple précédent, le fonctionnement des transports publics suppose des décisions relatives aux structures et à l'activité des organismes qui en sont chargés, aux conditions de desserte et aux prix pratiqués. Tous ces actes sont soumis à des règles précises et contraignantes, qui ont notamment pour but d'assurer la légalité des procédures et l'égalité des usagers. Les activités prestataires, toutefois, relèvent également d'un corps de règles spécifiques, souvent d'origine jurisprudentielle, qui gouvernent le fonctionnement des services publics (voir page 123).

3. Le thème du contrôle

On a dit plus haut que le droit administratif était en grande partie l'œuvre du juge administratif. En posant les grands principes de ce droit, il a largement contribué à déterminer les règles auxquelles l'administration doit se conformer, et il lui revient de vérifier qu'elle les applique. Son influence s'exerce ainsi à la fois en amont et en aval des décisions, et la portée de son contrôle s'est progressivement étendue. Il ne suffit plus, par exemple, pour qu'une opération d'urbanisme soit licite, que les règles de procédure aient été scrupuleusement respectées : il faut aussi que les inconvénients qu'elle entraîne ne soient pas excessifs par rapport aux avantages que l'on peut en attendre[2]. Ce contrôle est donc autant **créateur** que **« sanctionnateur »** et il n'y a guère de différences à cet égard entre un traité de contentieux administratif et un manuel de droit administratif, sinon que le premier expose les irrégularités qui peuvent être sanctionnées, tandis que le second inverse simplement la perspective en transformant les interdictions en obligations.

1. La seconde s'inspire en grande partie des idées développées et mises en pratique par le président Ronald Reagan aux États-Unis et par Margaret Thatcher, alors Premier ministre, en Grande-Bretagne. Elle est relayée aujourd'hui par l'Union européenne.

2. Ce principe, dit du bilan coût-avantages, a été posé par le Conseil d'État dans un arrêt du 28 mai 1971 *(Ville nouvelle Est)*, rendu conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Guy Braibant (voir page 150).

Titre 1
L'organisation administrative

Chapitre 1 L'organisation administrative de l'État

Chapitre 2 Les collectivités territoriales

Chapitre 3 L'administration spécialisée

Introduction
Les principes généraux de l'organisation administrative

On l'a déjà noté dans la première partie consacrée au droit constitutionnel, les conditions d'organisation d'un État sont extrêmement variables (voir page 13). Dans certains d'entre eux, la Constitution partage les compétences politiques entre plusieurs niveaux : on parlera alors de *fédéralisme*, comme aux États-Unis, en Allemagne ou en Belgique. On y constatera généralement l'existence d'organes investis de compétences législatives, exécutives, voire judiciaires, à la fois au niveau central et dans chacune des entités dont la réunion constitue l'État fédéral. Lorsque, au contraire, comme en France, les compétences politiques sont concentrées à un niveau central unique, on dira que l'État est *unitaire*.

Mais le partage possible ne concerne pas seulement le pouvoir politique. Il peut aussi être réalisé à propos des **compétences administratives**. Un État où les compétences administratives sont toutes rassemblées entre les mains des organes centraux ou d'agents locaux placés sous leur autorité sera dit **« centralisé »**. Au contraire, un État où le pouvoir administratif est réparti entre les organes centraux et des entités territoriales bénéficiant d'une forte autonomie à son égard sera dit **« décentralisé »**. Il n'y a pas de distinction tranchée entre ces différentes solutions. C'est plus une question de degré que de nature et le passage de l'une à l'autre se fait davantage progressivement, en pente douce, que brutalement, à la manière d'un escalier.

La centralisation intégrale ne se rencontre quasiment jamais et, en tout cas, elle est impensable dans les États qui atteignent une certaine taille. Mais on distingue divers types d'organes en fonction de la nature et de l'étendue de leurs compétences. Certains les verront limitées à une ou à quelques matières clairement énumérées : on dira qu'ils ont une **compétence spéciale** et on parlera à leur propos d'administration spécialisée. D'autres les verront définies par des limites géographiques au sein desquelles ils disposeront de pouvoirs étendus : on parlera alors de **compétence générale**. L'administration spécialisée conduit à une distinction des services ; l'administration générale à une distinction des circonscriptions.

Certains des services spécialisés ou certaines des circonscriptions territoriales sont dotés d'une personnalité juridique propre, d'autres non. On aboutit ainsi à la coexistence de deux modes d'organisation des rapports entre les différents niveaux d'administration : la décentralisation et la déconcentration. Toutes deux visent au même but : rapprocher le pouvoir administratif de l'administré et mettre en place des services locaux distincts des services centraux. Mais elles le font selon des principes contradictoires : la déconcentration n'est qu'une variante de la centralisation, tandis que la décentralisation en est le contraire.

1. Décentralisation et déconcentration

La **déconcentration** consiste à confier des pouvoirs administratifs à des autorités administratives dont la compétence se limite à une partie du territoire et qui restent étroitement soumises au pouvoir hiérarchique des autorités centrales. La décentralisation reconnaît, au contraire, des pouvoirs administratifs à des autorités locales qui disposent d'une forte autonomie à l'égard des autorités de l'État central.

Il y a **décentralisation** à partir du moment où l'on donne une personnalité juridique distincte de celle de l'État, soit à une circonscription géographique déterminée, par exemple la commune (décentralisation *territoriale*), soit à un service public particulier, par exemple un établissement d'enseignement supérieur (décentralisation *par services*). L'attribution de cette personnalité morale entraîne trois conséquences :
– l'autorité décentralisée sera administrée par des **organes propres**, indépendants du pouvoir central, cette indépendance se traduisant dans la plupart des cas par le fait qu'ils seront élus ;
– elle aura un **patrimoine propre**, distinct de celui de l'État, cette indépendance patrimoniale se prolongeant par l'autonomie financière de la collectivité décentralisée ;
– il existera une **distinction** entre des affaires locales et celles qui relèvent de l'État central. La collectivité décentralisée aura donc des intérêts distincts de ceux de l'État et leurs intérêts respectifs pourront le cas échéant s'opposer.

Les partisans de la centralisation pensent qu'elle renforce la cohésion de l'État et, s'ils acceptent de la corriger par la déconcentration, c'est essentiellement pour des raisons pratiques ; ils craignent que la décentralisation ne favorise le développement de féodalités locales, même si ce risque est atténué par le fait que les organes décentralisés sont élus et donc en principe contrôlés par les citoyens. Les partisans de la décentralisation pensent, au contraire, qu'elle est plus favorable à la prise en compte des préoccupations des administrés et à leur participation aux affaires publiques.

2. Pouvoir hiérarchique et tutelle

Dans les deux systèmes de la décentralisation et de la déconcentration, il existe des organes locaux et on rencontre une volonté de l'État central d'exercer un certain contrôle sur eux. Mais le contrôle exercé dans la décentralisation devra respecter l'autonomie des organes locaux et il se heurtera donc à d'importantes limites alors que, cette autonomie n'existant pas dans la déconcentration,

le contrôle y sera plus étendu. On constate donc des différences notables entre la tutelle [1] et le pouvoir hiérarchique.

– La tutelle comme le pouvoir hiérarchique peuvent s'exercer d'abord sur les **personnes**. Nous verrons que l'autonomie des organes locaux n'interdit nullement à l'État central de prononcer la révocation ou la suspension d'un maire ou la dissolution d'un conseil local. Mais, à la différence de ce qui se passe dans la déconcentration, l'exercice de ce pouvoir ne permet pas au pouvoir central de remplacer lui-même l'organe destitué.

– Lorsqu'ils s'exercent sur les **actes** des organes locaux, tutelle et pouvoir hiérarchique n'ont pas la même signification. La première est un procédé passif qui vise à *empêcher* l'autorité décentralisée d'aller dans un sens qui n'est pas désiré par le pouvoir central, tandis que le second est un principe actif qui cherche à *imposer* à l'organe local d'agir dans un sens voulu. La tutelle est un pouvoir d'exception, qui n'existe que lorsqu'un texte l'a expressément prévu *(« pas de tutelle sans texte »)*, alors que le pouvoir hiérarchique est considéré comme étant « dans la nature des choses » s'agissant des relations entre un supérieur et ses subordonnés, et peut s'exercer même sans texte. Surtout, dans le cadre de la déconcentration, l'autorité supérieure et ses subordonnés relèvent d'une même entité, l'État central ; ils ont pour mission de défendre les mêmes intérêts et il ne saurait donc y avoir de conflits entre eux à leur propos. C'est pourquoi le subordonné n'a pas le droit d'attaquer en justice, au nom de l'intérêt du service, une décision de l'autorité supérieure ; il ne peut le faire que s'il invoque une violation de ses droits individuels et non pour défendre les droits de son administration. Au contraire, dans la décentralisation, les intérêts du pouvoir central et de l'autorité locale sont ceux de deux personnes différentes ; ils peuvent entrer en conflit et on reconnaîtra donc logiquement à la collectivité décentralisée la possibilité d'attaquer en justice une décision de l'autorité de tutelle.

1. Le mot « tutelle » a été très souvent critiqué. On lui reproche d'être le même que celui qui est utilisé en droit civil pour désigner la gestion par autrui des intérêts des mineurs et des incapables. Et on a fait remarquer qu'une différence essentielle sépare la tutelle du droit civil de celle qu'on rencontre en droit administratif. La tutelle s'exerçant sur les mineurs s'explique par l'idée qu'ils ne sont pas aptes à gérer eux-mêmes leurs affaires ; elle est donc instituée dans l'intérêt de la personne sous tutelle. Au contraire, les collectivités décentralisées ne sont pas des incapables et la tutelle avait été instaurée pour protéger les intérêts de l'État, donc du tuteur. C'est pourquoi les textes parlent désormais de « contrôle » et non plus de « tutelle ». Mais le mot continue à être utilisé dans le langage courant, quand on parle, par exemple, d'« autorité de tutelle ».

Chapitre 1
L'organisation administrative de l'État

L'administration est chargée de la mise en œuvre des pouvoirs de l'État. Lorsqu'elle peut prendre des décisions applicables à l'ensemble du territoire, on parle d'*administration centrale*. Lorsque, au contraire, la compétence de certaines autorités ne s'applique qu'à des parties limitées de celui-ci, on les qualifiera de *services déconcentrés*. Ces services déconcentrés font à la fois partie de l'administration locale de la France et de l'administration de l'État. Celle-ci étant organisée hiérarchiquement, administrations centrales et services déconcentrés sont placés sous la direction des membres du gouvernement et soumis à l'autorité de ceux-ci. Cependant on a vu apparaître, depuis une quarantaine d'années, l'idée que certains organismes, chargés en particulier de la gestion de domaines touchant à des droits sensibles pour les particuliers, échappent à ce pouvoir hiérarchique. On les qualifie d'*autorités administratives indépendantes*.

Sous le quinquennat de Nicolas Sarkozy, une remise à plat des actions de l'État a été engagée pour réduire les dépenses, nommée révision générale des politiques publiques (RGPP), dont l'un des symboles s'affirmait dans la formule du non-remplacement d'un fonctionnaire sur deux partant à la retraite. Pour faciliter sa mise en œuvre, les changements de l'organisation de l'État pouvaient désormais être réalisés par décret simple (et non plus par décret en Conseil d'État) et plusieurs décisions de suppression de structures publiques avaient été prises. Cette politique, qui a généré 12 milliards d'euros d'économies et a entraîné une baisse de 3 % des effectifs de la fonction publique entre 2009 et 2012, a donné lieu à une critique assez vive d'un Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale, coprésidé par un député de la majorité et un député de l'opposition, qui lui a reproché en particulier de ne pas s'accompagner d'une véritable réflexion sur les missions de l'État : *« [La RGPP] a surtout visé,* écrivaient les auteurs du rapport, *à faire mieux avec moins, ce qui, à missions inchangées, a désormais sans doute atteint ses limites. »* La RGPP a été remplacée en 2012 par la modernisation de l'action publique (MAP), qui renforce le rôle de Matignon par rapport à celui de Bercy. La MAP veut s'appuyer davantage sur les agents publics et les usagers, elle repose sur un objectif de stabilité des effectifs de la fonction publique et s'efforce d'exprimer des objectifs plus qualitatifs. C'est dans le cadre de la MAP qu'a par exemple été décidé, en 2013, le « choc de simplification administrative » proposant 200 mesures destinées à faciliter la vie des citoyens.

1. Les autorités administratives centrales

Nous allons retrouver ici certains aspects déjà évoqués, puisqu'ils se situent à cheval sur le droit constitutionnel et le droit administratif. La direction de l'action administrative est confiée aux **ministres**, chacun d'entre eux étant le chef de son département ministériel. Leur activité est coordonnée par le Premier ministre qui assure, selon l'article 21 de la Constitution, la direction d'ensemble de l'administration. Toutefois, la détermination de certaines orientations importantes est laissée au président de la République qui dispose, en vertu de l'article 13, de pouvoirs administratifs propres. Président et gouvernement constituent les autorités administratives centrales, habilitées à prendre des décisions qui produiront des effets juridiques sur l'ensemble du territoire national.

1. Le partage des attributions administratives entre le président de la République et le Premier ministre

Sans revenir sur des développements relevant du droit constitutionnel, on rappellera une donnée importante. La **conjoncture politique** exerce une influence déterminante sur le partage des attributions politiques et administratives entre le président et le Premier ministre : en période de cohabitation entre un président et un gouvernement de tendances politiques différentes, l'interprétation juridique des pouvoirs du président sera stricte et elle s'en tiendra à la lettre du texte constitutionnel. Elle sera généralement plus large et extensive au cours des périodes où il y a coïncidence politique entre le président et le gouvernement, et elle laissera davantage de pouvoirs au président.

a) Les attributions administratives du président de la République

Elles sont définies par l'article 13 de la Constitution, le président disposant d'un certain nombre de services qui l'aident à les exercer.

En dehors des périodes de circonstances exceptionnelles visées dans son article 16 (voir page 32), la Constitution confère **deux sortes** d'attributions au président de la République : un pouvoir réglementaire et un pouvoir de nomination. Tous les actes qu'il prend dans l'exercice de ces pouvoirs doivent être contresignés par le Premier ministre et les ministres intéressés.

- **Le pouvoir réglementaire**

Selon l'article 13, le président de la République signe les **ordonnances**, ce qui recouvre les hypothèses prévues par l'article 38 (ordonnances prises sur la base d'une habilitation temporaire, consentie par le Parlement et autorisant le gouvernement à intervenir exceptionnellement, pendant une période limitée, dans le domaine de la loi) et par l'article 47-1, alinéa 3 (autorisation donnée au gouvernement d'arrêter le projet de loi de finances au cas où le Parlement s'est montré incapable de le voter dans les délais prescrits par la Constitution). On a pu voir, lors des périodes de cohabitation, l'importance politique de ce pouvoir, dans la mesure où il a permis au président de s'opposer à l'utilisation de l'article 38 par le gouvernement et le Parlement (voir pages 31-32).

Le président signe également les **décrets** délibérés en conseil des ministres.

La signature des décrets a entraîné deux difficultés

D'une part, les présidents et les gouvernements ont souvent, d'un commun accord, fait adopter en conseil des ministres des décrets dont aucun texte n'exigeait qu'ils y passent. Une question a donc surgi à l'occasion des périodes de cohabitation. La modification de ces décrets exige-t-elle aussi le passage en conseil des ministres et la signature du président, ce qui lui permettrait, en refusant de les signer, de s'opposer à cette modification ? Le Conseil d'État a répondu par l'affirmative dans un arrêt *Meyet*, en 1992.

D'autre part, avec l'accord des gouvernements successifs, les présidents ont souvent signé des décrets qui n'avaient pas été délibérés en conseil des ministres. La question s'est donc posée de savoir si ces décrets n'étaient pas illégaux, pour avoir été signés par une autorité incompétente. Dans un arrêt *Sicard* de 1962, le Conseil d'État a répondu que, dès lors que ces décrets avaient été contresignés par le Premier ministre, ils devaient être considérés comme émanant de celui-ci et que la signature du président constituait une formalité superflue. Il en résulte qu'ils peuvent être modifiés par décret signé du seul Premier ministre.

- **Le pouvoir de nomination**

Celui-ci concerne d'abord les emplois visés à l'article 13 al. 3 de la Constitution, qui doivent être pourvus en conseil des ministres (voir la partie « Droit constitutionnel », page 31). En application de l'alinéa 4 du même article, cette liste peut être complétée par une loi organique et elle a été étendue en 1958, par exemple, aux présidents des entreprises publiques et des sociétés nationales. Le nombre d'emplois à pourvoir par décret en conseil des ministres est d'environ mille. Depuis la révision constitutionnelle de 2008 (art. 13 al. 5), les nominations à certains de ces emplois, dont la liste résulte d'une loi organique, sont subordonnées à un *« avis public de la commission permanente compétente de chaque Assemblée »*, *« en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation »*. Divers textes ont en outre prévu la possibilité pour le président de pourvoir à d'autres emplois (près de 70 000) par *décret simple* (par exemple, pour les nominations des officiers des armées ou des magistrats de l'ordre judiciaire).

b) Les attributions administratives du Premier ministre

Ces attributions font de lui l'autorité administrative de droit commun, ce qui implique qu'il a compétence pour exercer toutes les attributions administratives qui n'ont pas été expressément attribuées à une autre autorité.

En vertu de l'article 21 al. 2 de la Constitution, le Premier ministre **dirige** l'action du gouvernement. Il dispose à ce titre de l'administration ; il exerce le **pouvoir réglementaire** et assure l'**exécution des lois**, ce qui lui donne la compétence de signer, sans intervention du président, tous les décrets autres que ceux délibérés en conseil des ministres. Il pourvoit à tous les **emplois civils et militaires** qui ne sont pas réservés au président dans les conditions indiquées ci-dessus. Il peut déléguer ce pouvoir de nomination, soit aux ministres, soit à des fonctionnaires d'autorité.

L'apparition de **services propres** relevant du Premier ministre date de la fin de la IIIe République et de l'installation du chef du gouvernement à l'hôtel Matignon. Aujourd'hui, ces services comptent environ 5 000 personnes. Le principal d'entre eux est le *Secrétariat général du Gouvernement* (SGG, voir page 38). Le *cabinet* du Premier ministre est l'état-major politique de ce dernier (voir page 37).

Un certain nombre de services sont *rattachés* au Premier ministre ou *placés sous son contrôle*, soit parce qu'ils assurent des tâches relevant du domaine propre du Premier ministre, soit parce qu'ils exercent des activités exigeant un traitement interministériel. Au titre de la première catégorie, on peut citer par exemple le Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN), rattaché au Premier ministre en raison des attributions importantes qui sont les siennes en matière de défense ; ou bien un service chargé de l'information et de la communication gouvernementale : Service d'information du gouvernement (SIG) ; ou ceux qui ont une mission d'information générale, comme la Direction de l'information légale et administrative (DILA), issue de la fusion de la Direction de la Documentation française et de celle des Journaux officiels ; ou des organismes de recherche et de conseil, comme le Conseil d'analyse économique (CAE). Au titre de la seconde catégorie, citons les écoles de formation des fonctionnaires (ENA, instituts régionaux d'administration) ou le Commissariat général à l'égalité des territoires (CGET, ex-DATAR).

Enfin, à côté de ces organismes et services structurés, il existe aussi une myriade de *comités* constituant des instances très légères, par l'intermédiaire desquels le Premier ministre assure sa fonction de coordination de l'activité gouvernementale. Nombre d'entre eux interviennent dans des domaines parallèles à celui des organismes collégiaux placés auprès du président de la République (dans le secteur de la défense, par exemple, on a pris l'habitude de dénommer « comités » ceux qui sont dans l'orbite du Premier ministre et « conseils » ceux se situant dans celle du président).

2. La direction de l'action administrative par les ministres

En tant que membres du gouvernement, les ministres participent à l'action collégiale de celui-ci et ils jouent à ce titre un rôle politique. Mais ils sont aussi des responsables administratifs, assurant la direction de leurs départements ministériels respectifs.

a) Les ministres en tant que chefs d'une administration

Ils exercent les prérogatives inhérentes à cette qualité et disposent donc du **pouvoir hiérarchique** à l'égard des personnels qui relèvent de leurs services. À ce titre, lorsqu'il ne leur appartient pas en propre, le pouvoir de *nomination* à un certain nombre d'emplois leur est fréquemment délégué par le Premier ministre ; ils affectent leurs subordonnés selon les besoins du service et exercent à leur égard, dans les conditions fixées par la loi, le pouvoir *disciplinaire* ; ils peuvent leur donner des *instructions*, sous la forme de circulaires ou de notes de service, ce qui leur permet d'interpréter les lois et règlements, donc d'indiquer les principes selon lesquels les fonctionnaires de leur administration doivent prendre leurs décisions, et de contrôler ensuite si ces orientations générales ont bien été respectées.

En principe, les ministres ne disposent pas du pouvoir réglementaire et ne peuvent donc créer des obligations nouvelles à l'égard des usagers ou des agents de leur administration. Sauf dans deux cas qui leur donnent en vérité une large marge d'action : celui où une loi leur a confié expressément la compétence de prendre les mesures nécessaires à son exécution ; et l'hypothèse visée par l'arrêt *Jamart*[2], où le Conseil d'État leur reconnaît la compétence de prendre toutes les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité. À ce titre, la jurisprudence a, par exemple, admis qu'ils puissent réglementer l'exercice du droit de grève au sein de leurs services (arrêt *Dehaene*[3]). Ils sont aussi associés à l'exercice du pouvoir réglementaire par le président de la République ou le Premier ministre : d'une part, ils peuvent toujours leur proposer une mesure à prendre et participer à sa rédaction ; d'autre part, ils doivent contresigner les décrets et ordonnances signés par le président ainsi que les décrets pris par le Premier ministre, lorsque ceux-ci interviennent dans leur domaine d'activité.

b) Les attributions et les services des ministres

Lorsqu'un gouvernement est constitué, les attributions de chacun de ses membres sont fixées par décret ; leur répartition peut être différente de celle qu'avait retenue le gouvernement précédent. De même, la détermination des **services** dépendant de l'autorité de chaque ministre résulte de décrets délibérés en conseil des ministres. Tout en relevant principalement d'un ministre déterminé, certains d'entre eux peuvent aussi être mis, si nécessaire, à la disposition d'autres ministres, de ministres délégués ou de secrétaires d'État. L'organisation interne des ministères est fixée en partie par des lois et décrets et en partie par des arrêtés ministériels. La distinction essentielle au sein des structures ministérielles est celle qui sépare le cabinet de l'administration centrale.

Le **cabinet** est constitué de collaborateurs personnels du ministre, librement choisis par lui et qui sont appelés à quitter leurs fonctions lorsque le ministre quitte les siennes (voir page 37).

Les **directions ministérielles** sont placées sous l'autorité de directeurs qui occupent des emplois à la discrétion du gouvernement, ce qui signifie qu'ils sont nommés et révoqués discrétionnairement en conseil des ministres. Elles constituent l'élément stable au sein des services ministériels et restent donc en place après le départ du ministre[4]. Elles sont divisées en bureaux regroupés au sein de sous-directions.

3. Le développement contemporain des agences

De nouvelles structures administratives, les *agences*, se développent de plus en plus ces dernières années. Dans son rapport public de 2012, le Conseil d'État, qui y voit l'amorce d'une « *nouvelle gestion publique* », souligne la difficulté de cerner cette notion. Les agences, chargées de la mise en œuvre d'une politique publique nationale, se distinguent cependant des services traditionnels dans la mesure où elles bénéficient d'une **forte autonomie** par rapport au gouvernement et ne sont pas soumises à son pouvoir hiérarchique. Mais cette autonomie ne constitue pas une indépendance, car le gouvernement peut leur adresser des orientations générales qui guideront leur action ; en cela, elles se distinguent des autorités administratives indépendantes (AAI) dont il sera question plus loin (page 77).

Le Conseil d'État a dénombré, en 2012, 103 agences (par exemple, l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, ou les agences régionales de santé – ARS), gérant au total un budget de 330 milliards d'euros. Selon le Conseil, quatre critères peuvent justifier la création d'une agence : « *L'utilité de la spécialisation dans des tâches de gestion à grande échelle, afin de dégager une efficience accrue […] ; la nécessité d'une expertise distincte de celle habituellement rencontrée dans les services de l'État […] ; le caractère prépondérant des partenariats avec les collectivités territoriales ou avec des acteurs de la société civile pour la mise en œuvre de la politique publique […] ; la nécessité d'éviter l'intervention du pouvoir politique dans les processus récurrents de décision – critère de la neutralité.* » Une circulaire du Premier ministre du 9 avril 2013 a repris ces quatre critères et en fait les conditions à remplir pour créer de nouvelles agences.

2. Arrêt du Conseil d'État du 7 février 1936.

3. Arrêt du CE du 7 juillet 1950 : il appartient aux chefs de service de réglementer le droit de grève des fonctionnaires et d'organiser la nécessaire conciliation entre ce droit et la continuité du service public.

4. Si le gouvernement le juge utile, il peut modifier par décret le nombre et l'organisation des directions.

2. Les services déconcentrés

1. La déconcentration : un peu d'histoire

La signification des mesures de déconcentration a quelque peu changé au cours de l'histoire. Longtemps, la déconcentration a constitué, pour des pouvoirs politiques qui mettaient l'accent sur l'autorité de l'État, un moyen timide et peu risqué de desserrer l'emprise qu'ils exerçaient sur la vie publique. Les décrets de 1852 avaient, par exemple, traduit un petit début de libéralisation au cours du Second Empire. On déconcentrait pour n'avoir pas à trop décentraliser. Et il était normal qu'on fasse confiance au préfet – fonctionnaire certes étroitement soumis au gouvernement, mais qui présentait aussi l'avantage d'avoir des relations de confiance avec les notables locaux – pour utiliser au mieux les pouvoirs ainsi délégués.

Depuis une vingtaine d'années, la déconcentration est mise en relation avec l'idée de **modernisation** de l'administration, et l'objectif est davantage d'assurer l'efficacité et la cohérence de l'action gouvernementale ou l'interministérialité. On pense aussi qu'avec le développement de la décentralisation, la tâche des collectivités locales se trouvera facilitée si elles ont en face d'elles un interlocuteur local plutôt que d'avoir à remonter jusqu'au niveau du gouvernement.

Dans ce nouveau cadre, une accélération forte de la déconcentration s'est produite au cours des années 1990. La loi du 6 février 1992 sur l'administration territoriale de la République consacre le **principe de subsidiarité** en décidant que l'essentiel de la mise en œuvre des politiques publiques doit désormais être accompli au niveau de la région. Et un décret du 15 janvier 1997 attribue aux préfets la compétence de droit commun pour prendre l'ensemble des décisions entrant dans le champ de compétences des administrations civiles de l'État. L'intervention ministérielle est ainsi devenue une exception, qui n'est possible qu'à condition d'être expressément prévue par un texte.

Le décret du 6 mai 2015, portant **Charte de la déconcentration**, modifie le texte de 1992. Désormais, l'État administre les territoires dans *« une relation de proximité avec les Français pour s'adapter à leur réalité… »* ; il reconnaît l'initiative au niveau local et les administrations centrales doivent adapter leur fonctionnement aux enjeux de l'administration déconcentrée. Une Conférence nationale de l'administration territoriale de l'État (CNATE) doit être mise en place à cet égard, pour animer les relations entre administrations centrales et services déconcentrés, et veiller à l'application de la Charte.

En général, les circonscriptions des services déconcentrés de l'État coïncident avec le périmètre des collectivités territoriales[5]. Longtemps, les mêmes organes ont exercé à la fois des compétences relevant de l'État central et des compétences appartenant à une collectivité territoriale. C'est ainsi que, comme nous le verrons dans le chapitre suivant, le maire, organe élu de la commune et à ce titre indépendant du pouvoir central, est par ailleurs investi de certaines missions pour lesquelles il agit en tant qu'agent de l'État (par exemple, l'état civil) et se trouve donc soumis à son pouvoir hiérarchique.

2. Le préfet de département

La création de l'institution préfectorale remonte à la loi du 28 pluviôse an VIII et, depuis cette date, elle a connu des transformations.

a) Le statut du préfet

Il a évolué au cours du temps. Sa fonction était au départ essentiellement politique. Depuis la IVe République, on a cependant essayé de doter le corps préfectoral d'un statut qui puisse donner aux préfets un minimum de garanties de carrière. Mais ce statut, très **dérogatoire** par rapport à celui du fonctionnaire « ordinaire »[6], n'a pas supprimé l'idée que le préfet se trouve *« à la discrétion du gouvernement »* (article 25 de la loi du 11 janvier 1984). À ce titre, il est tenu à une obligation de **loyalisme**, ce qui non seulement le contraint à ne défendre en public et en toutes circonstances que les positions exprimées par le gouvernement en place, mais permet également à celui-ci d'inscrire au dossier du préfet ses opinions politiques ou religieuses. Il ne bénéficie ni du droit syndical, ni du droit de grève et est soumis à une obligation de résidence qui nécessite une autorisation du ministre de l'Intérieur pour toute absence ou déplacement hors du département. La dépendance étroite du préfet se traduit clairement dans ses conditions de nomination et de révocation.

- **La nomination**

Elle n'a longtemps été soumise à aucune condition spéciale d'ancienneté, de services publics ou de diplôme. L'édiction d'un statut a cependant modifié cette situation et permis l'aménagement d'une carrière préfectorale. La nomination reste discrétionnaire, mais la liberté du gouvernement est limitée par le fait qu'au moins quatre préfets sur cinq doivent être choisis parmi les sous-préfets ou les administrateurs civils hors classe, donc au sein de corps de fonctionnaires en principe issus de l'ENA[7] même si, devant la difficulté éprouvée parfois à recruter des sous-préfets, nombre d'entre eux sont nommés autrement. La liberté du gouvernement redevient totale pour le cinquième restant (le tour extérieur) et l'on a vu, par exemple, à certaines périodes, nommer d'anciens présidents de conseils généraux ou l'ancien secrétaire général d'une centrale syndicale.

5. La loi du 16 janvier 2015 remet en cause ce principe. Ainsi le département du Rhône, circonscription de l'État, ne correspond plus au département, circonscription territoriale.

6. Voir titre 2, chapitre 4.

7. École nationale d'administration.

- **La mutation et la révocation**

Indépendamment des sujétions particulières qui ont déjà été évoquées, le préfet peut toujours être muté discrétionnairement (principe de *mobilité*). En général, chaque changement de gouvernement entraîne d'ailleurs de vastes mouvements préfectoraux. L'avancement se fait exclusivement au choix. Le préfet peut être mis en disponibilité à tout moment, ce qui entraîne la perte des avantages de carrière et la mise à la retraite d'office au bout de cinq ans, sans que cette mesure présente un caractère disciplinaire et sans que le gouvernement ait donc une quelconque procédure particulière à respecter.

En cas de faute, le préfet peut faire l'objet de *sanctions* disciplinaires allant jusqu'à la révocation ou la mise à la retraite d'office. Contrairement à ce qui se passe pour les autres fonctionnaires, les exigences procédurales sont très réduites puisque la seule obligation à laquelle le gouvernement soit tenu est celle de la communication du dossier à l'intéressé.

b) Les pouvoirs du préfet

Ils se sont beaucoup accrus depuis l'origine de l'institution. « *Dans les collectivités territoriales de la République*, dit l'article 72 de la Constitution, *[il est] le représentant de chacun des membres du gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois.* » Ces termes sont explicités par la loi du 2 mars 1982. Le préfet est le dépositaire de l'autorité de l'État dans le département, le représentant direct du Premier ministre et de chacun des ministres, et il dirige sous leur autorité les services déconcentrés des administrations civiles de l'État.

Les attributions **administratives** du préfet étaient à l'origine très restreintes et il était avant tout un « agent politique » du gouvernement. Elles n'ont cessé d'augmenter et de se diversifier. On peut les résumer en quelques idées simples.

– Le préfet est un **agent d'information** du pouvoir central. C'est l'aspect politique de sa fonction : il renseigne le gouvernement sur la situation politique de son département, l'état de l'opinion ; dans l'accomplissement de cette tâche, il dispose notamment du service des Renseignements généraux. Ce rôle, essentiel autrefois, a quelque peu décliné en raison de l'évolution technologique des moyens d'information, qui a diversifié les sources utilisables par le gouvernement.

– Il surveille l'exécution des lois et l'application des décisions du gouvernement dans le département. À ce titre, il est le **représentant** du gouvernement tout entier et non pas du seul ministre de l'Intérieur, même si c'est ce ministère qui est chargé de la gestion du corps préfectoral. C'est donc le préfet qui a été le principal bénéficiaire des mesures de déconcentration, et les textes successifs ont renforcé son emprise sur l'administration déconcentrée de la plupart des ministères civils, à l'exception de ceux de la Justice, des Finances et de l'Éducation nationale. Il est devenu, par exemple, l'*ordonnateur* secondaire unique (voir page 178 et suivantes) des dépenses de l'État dans le département ; il doit être informé des projets de nomination des chefs de services déconcentrés et il participe à leur notation ; il est l'intermédiaire obligé dans toute correspondance entre un ministère et ses services déconcentrés ; il a seul qualité pour recevoir des délégations de compétences d'un ministre. Ce pouvoir de représentation se manifeste dans divers domaines : présence dans les cérémonies publiques ; exercice des pouvoirs d'action en justice au nom de l'État (lui seul peut, par exemple, « *élever le conflit* » devant les tribunaux judiciaires ; voir page 139). C'est aussi à ce titre qu'il exerce un contrôle sur les collectivités locales. Il peut mettre en place des pôles de compétence pour la conduite des actions relevant de plusieurs ministères[8].

– Il est titulaire d'importantes attributions de **police administrative** (voir page 116 et suivantes). Il dispose du pouvoir de police générale pour régler toute question dès lors qu'elle dépasse le cadre d'une seule commune ; de nombreux textes lui confèrent en outre des pouvoirs de police spéciale. Dans certains gros départements et lorsque le préfet est aussi préfet de région et préfet de zone de défense (voir plus loin), il est assisté par un préfet délégué à la sécurité et à la défense pour l'exercice de ces attributions.

c) Les collaborateurs du préfet de département

– Le **cabinet** l'assiste essentiellement dans son *rôle politique* et est chargé de gérer toutes les affaires sensibles, dites aussi « réservées » en raison de leur incidence politique ou de leur caractère personnel (par exemple les décorations). Le directeur de cabinet aide le préfet dans le traitement des questions relatives à la sécurité publique ; ce poste, dévolu à un sous-préfet, constitue un échelon de la carrière préfectorale.

– Le **secrétaire général** de la préfecture, sous-préfet qui occupe pareillement un emploi constituant un échelon de la carrière préfectorale, a une triple fonction. Adjoint direct du préfet, il est appelé dans de nombreux cas à le suppléer : son rôle est donc particulièrement important dans les préfectures qui sont à la fois de région et de département, compte tenu de la charge de travail que le cumul représente pour le préfet. Il assure plus particulièrement la direction et la coordination de l'administration préfectorale. Il fait enfin office de sous-préfet de l'arrondissement du chef-lieu de département. Éventuellement assisté, dans les grosses préfectures, d'un secrétaire général adjoint, il est secondé dans de nombreux départements par un sous-préfet supplémentaire chargé de la politique de la ville.

– Les **directions** et les **bureaux** constituent les services de la préfecture. Depuis la loi de décentralisation de 1982, les services gérant les compétences de l'État et ceux qui traitent les affaires propres du département ont été séparés ; les services préfectoraux n'ont donc plus en charge que les attributions de l'État dans le département. Leurs personnels relèvent du *ministère de l'Intérieur*.

– Enfin, les **sous-préfets territoriaux** sont les délégués du préfet au niveau de l'*arrondissement*. Soumis à un statut très proche de celui du préfet, ils l'assistent dans l'exercice de ses missions et ils animent et coordonnent l'action des services de l'État dans leurs circonscriptions, notamment pour l'aménagement du territoire et le développement local.

8. Un décret de décembre 2009 permet ainsi la création de directions départementales interministérielles (par exemple communes aux ministères chargés de l'Équipement et de l'Agriculture). Il appartient au préfet de département de les organiser.

Ils participent étroitement à l'exercice du contrôle administratif et au conseil des collectivités locales.

3. Le préfet de région

Depuis longtemps, des services administratifs utilisaient un cadre plus vaste que celui du département. Par exemple, au ministère de l'Éducation nationale, l'académie, regroupant plusieurs départements, a toujours constitué le niveau le plus important d'administration locale. Mais les circonscriptions régionales n'étaient pas les mêmes d'un ministère à l'autre et, pour ne prendre qu'un exemple, un département comme le Cher relevait autrefois de trente-sept découpages différents. Par réformes successives on aboutit, en 1960, à une harmonisation des circonscriptions régionales quel que soit le ministère concerné, ce qui a permis, en 1964, la création du préfet de région[9].

Celui-ci est obligatoirement le préfet du département où se trouve le chef-lieu de la région. Il fut longtemps un préfet « comme les autres », soumis au même statut, tel qu'il a été décrit précédemment. Un décret du 16 février 2010 affirme désormais son « autorité » sur ses collègues placés à la tête des départements ; il est à même de leur donner des instructions et dispose du pouvoir d'« *évoquer, pour une durée limitée, tout ou partie d'une compétence à des fins de coordination régionale* »[10]. Bien entendu, on arrive à la tête d'une région, compte tenu de l'importance du poste, plus tard dans la carrière qu'à la tête d'un département.

a) Les attributions du préfet de région

Elles sont de plusieurs ordres. Il exerce d'abord celles qui lui incombent en tant que préfet de département. Au plan régional, il a un rôle important sur le **plan économique**. Le développement économique et l'aménagement du territoire ont été historiquement les premiers domaines dans lesquels des pouvoirs lui ont été conférés, notamment pour lui permettre, à partir de 1964, de participer à l'élaboration du plan national et d'en suivre l'exécution au niveau régional. À ce titre, il élabore et signe les *contrats de projet État-région* au nom de l'État. À la suite d'un premier décret pris en 1970, celui du 10 mai 1982 distingue parmi les investissements de l'État ceux qui sont d'intérêt national, régional ou départemental. Les premiers relèvent de la compétence des ministres concernés, mais le préfet de région est informé et consulté sur ceux qui concernent sa circonscription. Pour les deux autres, il reçoit une dotation globale de crédits. En subdéléguant les autorisations de programme aux préfets de département, il individualise chaque opération d'intérêt régional, mais leur laisse le soin de le faire pour les opérations d'intérêt départemental, en se contentant de leur attribuer une enveloppe globale, après avoir fixé la clé de sa répartition entre les départements de sa région. Depuis 1992, il a une mission de direction des préfets de département pour la mise en œuvre des politiques de développement économique et social et l'aménagement du territoire.

Depuis 2004, la région est devenue l'échelon majeur de l'organisation de l'État ; un décret de février 2010 en fait « *le niveau de droit commun pour piloter les politiques publiques*[11] ». Sur le **plan administratif**, l'autorité directe du préfet de région sur l'ensemble des services civils de l'État dans la région a donc été renforcée. N'y échappent en partie que les activités relevant de rares ministères qui jouissent d'une certaine autonomie : l'Éducation nationale, la Justice et les Finances. Pour faciliter la mission d'animation et de coordination du préfet, les services de l'État ont cependant été réorganisés en huit grands pôles placés sous l'autorité du préfet et sous la responsabilité du principal chef de service du secteur concerné (par exemple, le recteur pour l'éducation ou le trésorier-payeur général pour l'économie et les finances publiques). Le préfet est tenu informé de l'activité de l'ensemble des services et a le pouvoir de notation de la plupart de leurs chefs. Il est l'*ordonnateur secondaire* unique des dépenses de l'État dans la région (voir page 178). Et il exerce le contrôle de légalité des actes du conseil régional et de ses établissements publics.

b) Les auxiliaires du préfet de région

– Le **Secrétariat général aux affaires régionales** (SGAR) est une sorte d'état-major composé de fonctionnaires de catégorie A, compétents dans les domaines administratifs et techniques. Ils sont placés sous l'autorité d'un Secrétaire général aux affaires régionales et constituent une administration de mission qui n'a pas de tâches de gestion, mais est chargée de l'étude d'un certain nombre de dossiers préparant les décisions du préfet de région. Elle est en liaison constante avec le Commissariat général à l'égalité des territoires (ex-DATAR) et joue un rôle important dans la préparation des contrats de projet État-Région.

– Le **Comité de l'administration régionale** (CAR) est une institution collégiale chargée de donner des *avis* au préfet de région avant que celui-ci n'exerce certaines de ses attributions. Il réunit, sous sa présidence, les préfets des départements composant la région, le secrétaire général du département chef-lieu et les chefs de pôles. Le préfet de région, qui le convoque, peut y inviter, à sa discrétion, toute personne qualifiée susceptible d'éclairer les travaux. Le Comité est obligatoirement consulté sur l'individualisation des investissements d'intérêt régional et la répartition des enveloppes de crédits d'investissements d'intérêt départemental. Il l'est aussi sur la préparation des contrats de projet État-région et, de manière

9. Sept préfets de région en métropole ont aussi la qualité de préfets de zone de défense ; ce sont ceux du département où se trouve le chef-lieu de la zone. Ils ont des attributions très importantes en matière de défense du territoire, qu'ils exercent en collaboration avec l'autorité militaire, et en matière d'ordre public, en cas de troubles graves.

10. À deux exceptions près : l'exercice du contrôle administratif sur les collectivités territoriales et l'exercice de la police, en particulier tout ce qui touche à l'entrée et au séjour des étrangers et au droit d'asile.

11. La restructuration régionale en cours (voir page 82) a évidemment une incidence sur l'organisation régionale de l'État. Le nombre des directions régionales de chacun des grands secteurs administratifs a été réduit en principe à treize. Un tiers d'entre elles se situent cependant hors des chefs-lieux de région. Certains ministères gardent leur organisation spécifique. Ainsi, à l'Éducation nationale, où l'on maintient les trente académies existantes, 17 régions académiques ont été créées, dont 7 regroupent deux ou trois des académies antérieures ; elles sont dirigées par un recteur de région académique chargé de coordonner l'action de ses collègues et de garantir l'unité et la cohérence de la parole de l'État.

générale, sur l'ensemble des orientations et programmes régionaux en matière de développement économique et social et d'aménagement du territoire.

3. Les autorités administratives indépendantes

Certaines entités administratives ne sont **pas soumises au pouvoir hiérarchique** et ne peuvent pas non plus être soumises à la tutelle. Elles constituent des autorités administratives indépendantes **(AAI)** [12].

Ce terme a été expressément utilisé pour la première fois en 1978 à propos de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), et le nombre des AAI ne cesse depuis d'augmenter : on en dénombre 38 en 2016, l'Agence française de la lutte contre le dopage et le Haut Conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur comptant parmi les plus récentes. Leur qualité d'AAI résulte parfois de la qualification que le législateur leur donne à l'occasion de leur création, mais celui-ci restant souvent muet, c'est alors le juge qui sera amené à constater ce qu'elles sont. Ce qui est sûr, c'est qu'elles doivent être **créées par la loi**, celle-ci étant seule compétente pour soustraire une autorité administrative à l'autorité du gouvernement. Et qu'elles restent bien des *autorités administratives* : leur existence ne remet donc pas en cause la trilogie classique de la séparation des pouvoirs et ne révèle pas ce qui serait la naissance d'un quatrième pouvoir, distinct du pouvoir exécutif. D'où l'idée que, lorsqu'elles sont amenées à prendre des décisions, celles-ci sont susceptibles de recours devant un juge ; d'où aussi l'idée que ce juge est normalement le juge administratif [13].

1. Les missions des AAI

L'intervention de la loi est d'autant plus importante que les missions de ces organes concernent souvent des matières qui sont essentielles pour les droits des individus [14]. On les crée alors pour mettre à l'abri des influences politiques certains domaines sensibles :

– la **protection des droits** individuels, avec la Commission nationale de l'informatique et des libertés, créée en 1978 pour protéger les citoyens contre les utilisations abusives de l'informatique par la puissance publique, mais aussi par les particuliers ; la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), créée la même année pour organiser la liberté d'accès à ces documents ; le Médiateur de la République, créé en 1973 pour accroître les possibilités de recours des citoyens contre les abus de l'administration, et remplacé en 2010 par le Défenseur des droits [15] ; la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, créée en 1991 pour éviter l'emploi abusif des « écoutes » par les autorités publiques ;
– la **liberté d'information et de communication** avec, par exemple, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), dernier avatar d'une longue série d'institutions, créé en 1989 pour garantir la liberté et l'indépendance de la communication audiovisuelle ; ou bien la Commission des sondages, créée par une loi de 1977 modifiée par celle du 25 avril 2016, pour garantir la qualité et l'objectivité des sondages d'opinion ;
– la **protection des consommateurs** et la **régulation de l'économie de marché**, avec l'Autorité des marchés financiers (AMF) et l'Autorité de la concurrence. En raison de l'ouverture au secteur privé, imposée par l'Union européenne, de services qui bénéficiaient auparavant d'un monopole, sont apparues de nouvelles AAI telles que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), la Commission de régulation de l'énergie (CRE) ou l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) [16].

2. Leurs statuts

Ils sont très divers. La plupart des AAI ont une composition collégiale, où l'on retrouve souvent des membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes et où l'on s'efforce parfois d'assurer une représentation des professionnels des secteurs concernés ; mais d'autres sont unipersonnels, comme le Défenseur des droits. Les modes de désignation sont également différents : leurs membres sont parfois choisis par les corps auxquels ils appartiennent (ainsi en est-il pour la CNIL), parfois par le président de la République ou par le Premier ministre.

12. L'intérêt de la structure d'AAI est illustré par le 6e rapport de la Commission nationale des comptes de campagne (2002), organisme chargé de vérifier, d'approuver ou de rejeter les comptes des candidats aux élections. Elle estimait en effet que sa transformation en AAI était la seule mesure lui permettant d'*« échapper aux contraintes d'une administration classique, particulièrement en ce qui concerne la gestion budgétaire et le recrutement de ses collaborateurs »*.

13. Dans certains cas, cependant, à titre exceptionnel et plus spécialement dans le domaine de la protection de l'économie de marché, le juge compétent sera judiciaire. Cette inversion des compétences ne peut être décidée que par la loi. Les recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence sont ainsi portés devant la cour d'appel de Paris.

14. Voir aussi p. 118.

15. La loi organique relative au Défenseur des droits le qualifie d'« autorité constitutionnelle indépendante » ; mais le Conseil constitutionnel a rappelé, dans sa décision du 29 mars 2011, qu'il s'agit *« d'une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution »*.

16. Critiquant la prolifération de ces autorités (plus d'une création par an), l'importance de leurs pouvoirs et la faiblesse du contrôle parlementaire exercé sur leur fonctionnement, un rapport du Sénat a proposé, en octobre 2015, de limiter leur nombre à 20, de fixer un cadre juridique général applicable à l'ensemble d'entre elles et de renforcer le contrôle du Parlement sur leur organisation et leur activité.

3. Leurs pouvoirs

Ils sont aussi très divers[17]. Certaines AAI sont dotées d'un pouvoir de *sanction*, comme le CSA ou l'Autorité de la concurrence, ou d'un pouvoir *réglementaire*, comme la CNIL et le CSA ; mais dans ce dernier cas, le Conseil constitutionnel a précisé que, pour ne pas contrevenir à l'article 21 de la Constitution, qui confère le pouvoir réglementaire général au Premier ministre, « *cette habilitation ne doit concerner que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu* ». D'autres AAI, au contraire, ne disposent que de pouvoirs de *recommandation* ou d'avis, comme la CADA. On englobe donc ces catégories hétérogènes sous le nom d'instances de régulation. Certaines d'entre elles peuvent dépasser parfois les considérations juridiques strictes et étroites pour proposer des solutions en équité, notamment le Défenseur des droits.

17. Ceux qui sont dévolus à la CADA, à la CNIL et au Défenseur des droits seront décrits plus en détail, pages 115 et 156-157.

Chapitre 2
Les collectivités territoriales

Certaines de ces collectivités sont anciennes : le cadre communal actuel a été défini juridiquement au moment de la Révolution, lorsque la loi du 14 décembre 1789 décida de transformer toutes les communautés d'habitants existant sous l'Ancien Régime en communes ; l'existence de la plupart d'entre elles remonte donc à des époques beaucoup plus anciennes, pratiquement au Moyen Âge. Le département a été créé par la loi des 15 janvier-16 février 1790. D'autres collectivités sont plus récentes : la création de la région, sous sa forme actuelle, remonte aux lois du 5 juillet 1972 et du 2 mars 1982. L'existence des collectivités territoriales actuelles est consacrée par l'article 72 de la Constitution : sa modification éventuelle nécessite donc une révision constitutionnelle.

1. La décentralisation : un peu d'histoire

La création des départements et des communes, lors de la Révolution de 1789, correspondait à une volonté décentralisatrice forte, prenant le contre-pied de la centralisation qui caractérisait l'Ancien Régime. Elle se marqua en particulier par la consécration du principe de la collégialité et de l'élection pour tous les organes locaux.

Cette décentralisation a vite été remise en cause. D'une part, elle avait conduit à un grand désordre administratif et financier ; d'autre part, la nécessité de faire face aux événements intérieurs et extérieurs (menaces de sécession, guerre, etc.) incita la Convention, dès 1793, à recentraliser l'administration. Cette tendance fut confirmée par la loi du *28 pluviôse an VIII* qui jeta les bases de notre organisation actuelle. Tout en maintenant les circonscriptions existantes, Bonaparte modifia largement la nature et les conditions de désignation des organes chargés de les administrer. En particulier, l'élection disparut et un organe exécutif unique, nommé par le pouvoir central, devint à tous les niveaux l'organe prépondérant. C'est avec cette loi qu'apparaît l'institution du préfet, représentant local du pouvoir central et organe exécutif du département.

L'évolution ultérieure consista à introduire progressivement plus de décentralisation dans cette structure centralisée. La monarchie de Juillet revint, en 1831 et 1833, au principe de l'élection des conseils municipaux et généraux, dont elle augmenta les compétences quelques années plus tard. La IIIe République, avec les deux lois fondamentales du *10 août 1871* et du *5 avril 1884*, consacra définitivement le principe de l'élection du maire et étendit encore les pouvoirs des conseils élus.

Cette évolution explique que l'organisation française ait longtemps comporté un mélange intime de décentralisation et de déconcentration (on parlait de « *coadministration* »). Cette situation caractérisait en particulier les organes exécutifs locaux qui cumulaient deux sortes de compétences, les unes exercées au nom de la collectivité, les autres au nom de l'État. L'un d'eux, le préfet, était même purement et simplement un agent nommé discrétionnairement par le gouvernement.

C'est à ce système que la loi du *2 mars 1982* a voulu en grande partie mettre fin. En transférant un certain nombre de compétences aux collectivités locales, elle accroît le rôle de celles-ci. Surtout, elle établit une séparation nette entre organes décentralisés et organes déconcentrés. Désormais, à tous les niveaux, les compétences exécutives sont confiées, comme les compétences délibératives, à des organes élus. La double mission du préfet disparaît : il cesse d'être un organe du département ou de la région ; à l'égard des collectivités locales, il reste uniquement un agent de l'État qui exerce, en vertu de sa mission constitutionnelle le chargeant « *des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois* », des compétences de tutelle fortement réduites et modifiées par rapport au passé.

La révision constitutionnelle du 17 mars 2003, on va le voir, est allée encore plus loin dans cette voie.

2. Les collectivités territoriales et la Constitution

L'article 72 de la Constitution énumère les collectivités territoriales de la République : ce sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer. Cette nouvelle nomenclature, issue de la réforme du 17 mars 2003, a augmenté le nombre des collectivités territoriales dont l'existence est consacrée par la Constitution[18].

18. Au total, la France comptait, début 2016, 35 971 communes, dont 129 dans les DOM et 86 dans les COM ; 101 départements, dont 5 outre-mer ; 18 régions, dont 13 métropoles ; 5 collectivités d'outre-mer et une collectivité à statut particulier, la Nouvelle-Calédonie.

– Les communes, les départements et les régions constituent les **collectivités territoriales de droit commun**[19]. L'article 72 fixe les principes qui définissent leurs compétences. En vertu du principe de subsidiarité, elles exercent celles *« qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon »*. Un droit d'expérimentation leur permet, par délégation législative, d'augmenter temporairement leurs compétences dans un domaine limité, sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti.

– Certains **départements**, dont le territoire coïncide avec celui d'une région, sont **situés outre-mer**. Ce sont la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et la Réunion. Les lois et règlements français s'y appliquent de plein droit. En vertu de l'article 73 de la Constitution, ils bénéficient cependant d'un statut spécifique qui permet d'apporter aux lois « métropolitaines » les adaptations nécessitées par leurs caractéristiques et leurs contraintes particulières. Dans certaines matières relevant du domaine de la loi, et à l'exclusion d'un certain nombre de sujets énumérés par la Constitution (règles concernant la nationalité, les droits civiques, la garantie des libertés publiques, le droit et la procédure pénale, la défense, la police, la monnaie, le crédit, etc.), où la compétence des autorités nationales reste entière, les assemblées locales peuvent bénéficier d'une habilitation législative leur permettant de fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire. Cette possibilité n'est cependant pas ouverte à la Réunion. En Guadeloupe et à la Réunion, département et région restent des entités distinctes. En revanche, en Martinique et en Guyane, deux référendums, décidés par le président de la République conformément à l'article 72-4 de la Constitution, ont été organisés en 2010. Le 10 janvier, les électeurs ont refusé majoritairement d'accroître l'autonomie de leur territoire et d'en changer le statut constitutionnel ; la Martinique et la Guyane restent donc soumises à l'article 73 de la Constitution et n'ont pas basculé vers la catégorie des collectivités d'outre-mer décrite dans le paragraphe qui suit. Mais le 24 janvier 2010, les électeurs ont approuvé la création, à partir de 2014, d'une « collectivité » unique exerçant à la fois les compétences du département et celles de la région, dans laquelle une « assemblée » unique se substitue au conseil régional et au conseil général. Le terme de « collectivité » s'applique donc désormais à des entités régies aussi bien par l'article 73 que par l'article 74 de la Constitution.

– L'article 74 de la Constitution institue des **collectivités d'outre-mer** qui ne constituent ni des départements ni des régions. Elles sont soumises au **principe de spécialité législative** ; les lois et règlements français n'y sont pas applicables de plein droit mais doivent faire, le cas échéant, l'objet d'une adaptation. Deux d'entre elles sont d'anciens territoires d'outre-mer (TOM), catégorie qui a désormais disparu de la Constitution : ce sont la Polynésie française et Wallis-et-Futuna. Une autre formait ce qu'on avait appelé antérieurement une collectivité territoriale *sui generis*, créée par une loi de 1985, Saint-Pierre-et-Miquelon. Deux sont issues de la transformation d'anciennes communes en 2007, Saint-Martin et Saint-Barthélemy, aux Antilles. Mayotte, qui relevait auparavant de cette catégorie, est devenue un DOM en 2011 mais elle bénéficie d'un statut particulier au sein de cette catégorie.

Le statut de ces collectivités est déterminé par une loi organique ; il définit leurs compétences, les conditions d'application des lois et règlements nationaux sur leur territoire, et les règles présidant à la consultation de leurs instances sur les textes comportant des dispositions qui leur sont particulières. Elles ont le pouvoir d'intervenir dans certains domaines réservés à la loi sur le reste du territoire national ; elles peuvent, en particulier, coopérer avec l'État pour la réglementation des libertés publiques. Et leur autonomie est particulièrement protégée, puisque leurs assemblées délibérantes peuvent modifier elles-mêmes les conditions d'application sur leur territoire d'une loi nationale si le Conseil constitutionnel constate qu'elle empiète sur le champ de leurs compétences.

– Enfin, la Constitution a prévu l'existence de **collectivités à statut spécial**. Le statut de la Nouvelle-Calédonie est fixé par le titre XIII de la Constitution et par la loi organique du 27 février 2004 ; celui de ses composantes par la loi du 19 mars 1999. Les Terres australes et antarctiques françaises (TAAF) sont une collectivité territoriale ultra-marine dotée de l'autonomie administrative et financière, et soumise au principe de spécialité législative (loi du 21 février 2007).

Le législateur avait, en vertu de l'article 72 ancien, la possibilité de créer d'autres collectivités territoriales, *« le cas échéant en lieu et place d'une ou plusieurs autres collectivités mentionnées »* dans la Constitution. Il a utilisé cette possibilité en 1982 pour transformer la région en collectivité territoriale. Il s'est en revanche refusé à octroyer ce statut à certaines circonscriptions administratives de l'État, comme l'*arrondissement* (siège de la sous-préfecture) et le *canton* (perception et brigade de gendarmerie). Ni l'un ni l'autre ne jouissent de la personnalité morale. Ils ne constituent donc pas des collectivités territoriales.

La révision constitutionnelle de 2003 a ainsi confirmé l'abandon partiel d'un principe caractéristique de l'**idéologie jacobine** qui a longtemps inspiré la construction moderne de l'administration française : le principe de l'uniformité de statut des collectivités territoriales au sein d'une même catégorie. Bien que la diversification touche surtout l'outre-mer, l'évolution est d'importance, et ses conséquences potentielles ne peuvent encore être évaluées.

– Selon l'article 72, *« dans les conditions prévues par la loi, les **collectivités** [territoriales] **s'administrent librement** par des conseils élus […]. Le représentant de l'État a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois »*. Ce texte pose ainsi les trois grands principes qui régissent le statut des collectivités territoriales : l'élection de leurs organes, leur libre administration et l'existence d'un contrôle de légalité.

19. Paris est un cas spécial. Il a constitué durant un certain temps une catégorie particulière mais est rentré, avec la loi du 31 décembre 1975, dans les catégories « ordinaires », tout en formant une entité hybride puisqu'il est à la fois commune et département. Le statut de la Corse, actuellement déterminé par une loi de 2002, devait être revu en 2003, mais le vote négatif des électeurs de Corse au référendum organisé sur cette question a renvoyé le projet à plus tard. La loi sur la modernisation de l'action publique et l'affirmation des métropoles de janvier 2014 fait de la métropole de Lyon une collectivité à statut particulier créée en lieu et place de la communauté urbaine et du département dans le cadre de celle-ci.

3. La réforme des collectivités territoriales

La réforme des collectivités territoriales est un problème récurrent qui s'est posé tout au long de la Ve République. À la différence de la plupart des pays européens, et malgré de nombreux rapports, projets ou propositions en ce sens, la France n'a pas réussi à réaliser une réorganisation globale et cohérente de son administration locale qui prenne en compte les évolutions sociales. La question a retrouvé une actualité certaine ces dernières années. Fin 2008, le président Sarkozy avait demandé à un comité d'experts présidé par Édouard Balladur de proposer «*une réforme profonde et ambitieuse du mode d'administration du territoire national*». Dans son rapport, intitulé «*Il est temps de décider*»[20], le comité a unanimement estimé nécessaire une vaste réforme de l'organisation territoriale pour renforcer la démocratie locale.

Un large débat public s'est alors engagé, qui a conduit au vote d'une première réforme, réalisée par la loi du 16 décembre 2010 et votée sous l'impulsion du président Sarkozy. Parmi les thèmes évoqués, deux ont eu une importance particulière. La structure administrative se voyait reprocher sa complexité et son opacité, ce qui a nourri un débat autour du «millefeuille» administratif. Au cours de l'histoire, disaient les promoteurs de la réforme de 2010, on a empilé les structures administratives, ce qui «*disperse les énergies et augmente les risques de surenchère et de saupoudrage*»[21]. Leur souci de voir simplifier et alléger l'architecture territoriale trouve aussi des échos dans les préoccupations du président Hollande, quand il fait de la clarté et de la cohérence des structures deux maîtres mots de ses projets de réforme.

1. La question du «millefeuille» administratif

Outre les complications administratives qui découlent du «millefeuille», le coût financier qu'il implique est en effet très important. Les analyses montrent que la création de structures intercommunales n'a pas fait baisser le nombre des agents municipaux qui, au contraire, augmente régulièrement. Les fonctionnaires communaux étaient plus d'un million en 2016. Par ailleurs, la superposition des structures entraîne une multiplication des postes de responsables élus, coûteux en indemnités de toutes sortes. Dans le contexte économique général que connaît le pays et l'obligation dans laquelle il se trouve de maîtriser la dépense publique, la question des finances locales représente une préoccupation particulièrement sensible.

2. La nécessité d'encadrer la dépense publique

La préoccupation d'encadrer la dépense publique n'apparaissait pas expressément dans les textes votés, mais elle correspondait à la dénonciation, maintes fois exprimée par la droite, de la gestion des collectivités territoriales, en majorité dirigées par la gauche. De nombreuses déclarations du président Sarkozy insistaient sur l'idée d'économies[22]. Cet argument s'inscrivait sur un fond de polémiques. De leur côté, en effet, les départements dénonçaient la politique de l'État qui met à leur charge de plus de plus de dépenses, en particulier sociales, sans leur transférer, comme la loi lui en fait l'obligation, les ressources correspondantes[23]. Dans un rapport d'octobre 2009, la Cour des comptes soulignait la complexité de la question, en faisant ressortir le manque de transparence des critères d'évaluation, et en indiquant que le poids de certains financements sociaux, dépenses obligatoires mises par la loi à la charge des départements, devenait insupportable pour certains d'entre eux ; elle constatait aussi la disparition du sentiment de confiance dans les rapports entre État et départements[24].

C'est ainsi que 58 présidents socialistes de conseils généraux ont pris, au début de l'année 2011, l'initiative de déposer, devant des tribunaux administratifs, une *question prioritaire de constitutionnalité* pour contester, au nom du principe de libre administration et d'autonomie des collectivités territoriales, le déséquilibre régnant sur le financement des dépenses de l'allocation personnalisée d'autonomie et du RSA. Dans sa décision du 30 juin 2011, le Conseil constitutionnel a rejeté les prétentions des collectivités requérantes. Tout transfert de compétences, rappelle-t-il, exige une compensation intégrale des charges transférées à la date où il s'opère. En cas de création ou d'extension de compétences obligatoires assignées à des collectivités territoriales, il appartient au législateur d'apprécier le niveau

20. E. Balladur, Comité pour la réforme des collectivités locales, *Il est temps de décider, Rapport au président de la République*, La Documentation française/Fayard, 2009.

21. Séance à l'Assemblée nationale du 19 janvier 2010, source : *Nosdéputés.fr.*

22. Il disait par exemple, en 2009, lors d'un discours à Saint-Dizier : «*Entre 2003 et 2007, en dehors de tout transfert de compétences, les dépenses locales ont augmenté de 40 milliards d'euros… C'est six fois le budget de la Justice, c'est cinq fois le budget de la recherche française… Quant à la fonction publique territoriale : 36 000 nouveaux emplois publics en 2008, sans nouveaux transferts de compétences et, dans le même temps, l'État en supprime 35 000. Comment voulez-vous que notre pays puisse s'en sortir si l'on continue comme cela ?*»

23. Selon le rapport 2015 de l'ODAS (Observatoire de l'action sociale décentralisée), en 2014, les conseils départementaux ont déboursé 35 milliards d'euros pour l'action sociale, en hausse de 4,3 %. Leur reste à charge, une fois les compensations de l'État déduites, s'élève à 27 milliards, soit une progression de 5,2 % par rapport à 2013.

24. La baisse des dotations de l'État s'est pourtant poursuivie, ce qui suscite l'amertume de nombreux élus locaux. Analysant les conséquences de cette situation, en octobre 2015, la Cour des comptes constate que cette politique est loin d'inciter les collectivités locales à réduire leurs dépenses de personnel, ce qui est le but recherché (la masse salariale avait progressé de 3,9 % en 2014 et de 3,2 % en 2013). En revanche, elle les a amenées à tailler dans leurs dépenses d'investissement, ce qui met en danger la croissance (- 5,2 milliards d'euros : - 14 % pour les communes, - 7,2 % pour le bloc communal et - 3,7 % pour les départements). Seules les régions font exception (+ 3 ; 2 %), mais au prix d'un endettement supplémentaire.

des ressources destinées à accompagner ces décisions. Mais l'État n'est pas tenu de compenser intégralement les charges résultant du développement de ces missions sauf si, à la suite de circonstances extérieures, leur évolution était d'une ampleur telle qu'elle dénaturerait le principe de libre administration ou entraverait sa mise en œuvre.

3. La réforme de 2014 et 2015

Le président Hollande a d'abord semblé remettre en cause les principes sur lesquels reposait la réforme de 2010. C'est ainsi que deux lois, ordinaire et organique, du 17 mai 2013 ont supprimé l'institution du conseiller territorial qui devait, selon la loi de 2010, cumuler les fonctions de conseiller régional et de conseiller général, et préfigurait vraisemblablement une fusion progressive des deux assemblées locales. À l'initiative du Sénat, des États généraux de la démocratie locale se sont tenus en octobre 2012. Mais, face aux difficultés politiques qu'il rencontrait, le gouvernement a renoncé à présenter un projet global et opté pour une réforme par tranches successives. Trois projets de lois différents ont été élaborés, conduisant dans un premier temps au vote de la loi du 27 janvier 2014 « *de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles* », dite « loi MAPAM ». Cette loi prenait sur certains points le contrepied de celle de 2010, par exemple en rétablissant la clause de compétence générale au profit des collectivités territoriales que la loi précédente avait supprimée[25].

Après avoir semblé vouloir réanimer l'institution départementale, le président Hollande est finalement revenu à des principes assez proches de ceux de la loi de 2010. Certes, la lecture de la réforme est rendue compliquée par le fait qu'elle résulte d'une multiplicité de textes, sans que le lien qui les unit soit affirmé expressément[26]. Par ailleurs, les positions du président ont évolué et il est, ainsi, revenu en arrière sur la clause générale de compétence, puisque la loi sur la nouvelle organisation territoriale de la République, dite « loi NOTRe » la supprime à nouveau (sauf pour les communes), ou sur le rôle du département[27]. L'évolution des préoccupations présidentielles s'est manifestée par l'abandon de deux des projets de lois élaborés au début de son septennat et la présentation, en janvier 2014, d'un nouveau projet clairement tourné vers le renforcement des régions.

L'idée générale de la réforme Hollande reprend finalement deux points clés de celle de 2010 : promouvoir l'intercommunalité et renforcer la région.

La loi de 2010 prévoyait la généralisation de l'intercommunalité. La réforme communale emprunte donc une voie nouvelle, esquissée par la loi de 2010 et étendue par celles de 2014-2015. Elle consacre le fait urbain en créant un nouveau statut pour les **métropoles** et confie aux agglomérations de plus de 400 000 habitants le soin de veiller, en leur sein, au développement économique, à la transition énergétique et à la politique de la ville. Des règles particulières s'appliquent aux métropoles du Grand Paris, d'Aix-Marseille-Provence et du Grand Lyon.

Le renforcement des **régions**, dont le nombre est ramené de vingt-deux à **treize** en métropole[28], se traduit dans l'affirmation de leurs compétences en tant que **collectivité chef de file.** La loi définit, en effet, les domaines dans lesquels chaque collectivité territoriale est désignée comme chef de file. Mais c'est la négociation entre collectivités qui définit les conditions de l'action commune ; elle est menée en particulier au sein de la conférence territoriale de l'action publique (CTAP), qui peut débattre et donner un avis sur tout sujet relatif à l'exercice de compétences ou à la conduite d'une politique publique nécessitant une coordination ou une délégation entre collectivités territoriales[29]. Ce sont donc des **conventions territoriales d'exercice concerté** (CTEC) qui déterminent les délégations de compétences, les possibilités de création de services unifiés et les modalités de participation financière des diverses collectivités. L'enchevêtrement des compétences, souvent dénoncé comme un des facteurs de l'accroissement des dépenses locales, ne devrait donc pas disparaître : il est au contraire institutionnalisé.

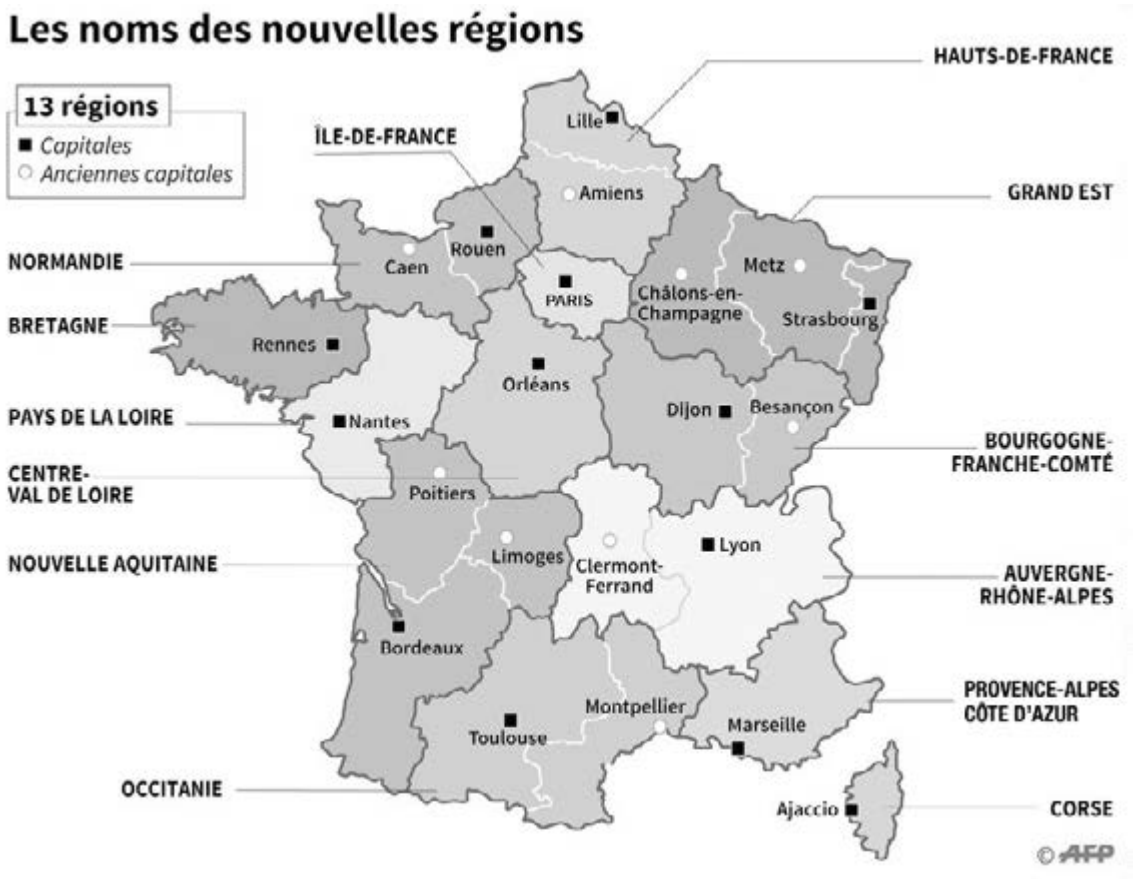
25. Cette clause accorde à ses bénéficiaires des compétences allant au-delà de celles qui leur sont attribuées par un texte exprès et qui se définissent par les notions d'« affaires de la collectivité » ou d'« intérêt public local ». C'est parce qu'il considérait qu'elle correspondait à un intérêt local que le Conseil d'État a validé, dans un arrêt *Ville de Nanterre* de 1964, l'ouverture par une commune d'un cabinet de soins dentaires au profit de ses habitants faisant partie des populations déshéritées (voir p. 120). C'est, en revanche, pour absence d'intérêt local que la Cour administrative d'appel de Lyon a annulé en 2013 une décision des autorités de subventionner des travaux de restauration d'une basilique en Algérie.

26. Outre la loi MAPAM et les lois de 2013 précitées, on peut mentionner les lois sur le cumul des mandats (voir p. 41), la loi relative à la délimitation des régions, la loi relative aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, la loi sur la nouvelle organisation territoriale de la République (loi NOTRe) et celle relative à l'amélioration du régime de la commune nouvelle (voir plus bas, pages 100-101).

27. Après avoir annoncé la suppression des départements à l'horizon 2021, dans sa déclaration de politique générale d'avril 2014, le Premier ministre Manuel Valls est revenu en arrière, en indiquant en novembre avoir décidé que leurs compétences seraient « confortées » jusqu'en 2020-2021 et en renvoyant au-delà de cette date une évolution du cadre départemental, qui devrait se faire *« sereinement et par étapes »*. Il est vrai que la suppression des départements exigerait une modification constitutionnelle, impossible dans l'état des forces politiques en 2016 ; elle se heurte aussi à des oppositions fortes, y compris au sein de la majorité présidentielle, les radicaux de gauche y étant hostiles.

28. Cela résulte de la loi du 16 janvier 2015. Seules six régions subsistent à l'identique : Bretagne, Centre, devenu Centre-Val de Loire, Corse, Ile-de-France, Provence-Alpes-Côte d'Azur et Pays de la Loire. Les sept autres regroupent deux ou trois des régions antérieures. Leur nom (Auvergne-Rhône-Alpes, Bourgogne-Franche-Comté, Grand Est, Hauts-de-France, Normandie, Nouvelle-Aquitaine, Occitanie) et leur chef-lieu ont fait l'objet d'un avis des assemblées délibérantes et ont été fixés par sept décrets du 28 septembre 2016, publiés au JO du 29/09/2016.

29. Cette conférence, présidée par le président de région, réunit les présidents de conseils départementaux, ceux des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI, voir p. 94) et des représentants des communes.



4. Les organes locaux décentralisés

1. L'élection et le mandat des assemblées locales

Aux termes de l'article 72 al. 2 de la Constitution, on l'a vu, l'administration des collectivités locales est assurée par des conseils élus. Toutes les assemblées locales sont élues au **suffrage universel direct** : sont électeurs et éligibles les citoyens français remplissant les conditions prévues par le Code électoral et, depuis le traité de Maastricht (1992), s'agissant du conseil municipal, les ressortissants des États membres de l'Union européenne domiciliés en France. L'âge de l'éligibilité est fixé à 18 ans. Mais, dans le cadre de ce principe général, en matière de mode de scrutin, la situation française recourt à presque tous les systèmes possibles.

Deux lois du 17 mai 2013, l'une organique, l'autre ordinaire, modifient de manière importante les règles des élections locales. Elles suppriment le conseiller territorial créé par une loi de 2010, qui cumulait les fonctions de conseiller général et régional. Et elles modifient les appellations traditionnellement utilisées au niveau départemental, en substituant les mots « conseil départemental » et « conseiller départemental » aux expressions antérieures de « conseil général » et de « conseiller général ».

Ces lois instaurent la représentation proportionnelle dans toutes les communes de plus de 1 000 habitants (contre 3 500 auparavant) : cela étend le **scrutin de liste** à 6 500 communes supplémentaires. Elles introduisent aussi le **suffrage universel direct** pour l'élection des conseillers siégeant dans les EPCI à fiscalité propre (communautés de communes, communautés d'agglomération, communautés urbaines et métropoles, voir page 97 et suivantes). Enfin, elles confirment la durée du mandat des conseils départementaux, mais prévoient leur renouvellement intégral tous les six ans (au lieu du renouvellement par moitié tous les trois ans qui s'appliquait aux conseils généraux). Elles modifient néanmoins les conditions de leur élection, en substituant au traditionnel scrutin uninominal l'élection d'un **binôme mixte**.

a) La parité

La révision constitutionnelle de 1999 a prévu que «*la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives*». Le principe de parité doit, en conséquence, être appliqué à toutes les élections locales reposant sur un scrutin de liste à représentation proportionnelle ; en particulier, il vaut, dès 2014, dans toutes les communes de plus de 1 000 habitants. Les listes doivent être composées alternativement d'un candidat de chaque sexe. En outre, le nouveau mode d'élection des conseillers départementaux renforce évidemment l'importance du principe, en l'introduisant dans le cadre d'un scrutin binominal majoritaire.

Le scrutin de liste

L'application du scrutin de liste limite les élections partielles dans les communes de plus de 1 000 habitants. Lorsqu'un siège devient vacant par décès, démission ou empêchement de son titulaire, il est immédiatement pourvu par le premier membre non élu de la liste correspondante. La loi a néanmoins prévu divers cas où de nouvelles élections s'avèrent nécessaires. Les deux hypothèses principales sont celle où il y a lieu à réélection du maire et celle où le nombre des sièges vacants excède le tiers de l'effectif du conseil.

b) L'élection du conseil municipal

Il est élu au **suffrage universel direct** pour une durée de **six ans**. La commune forme en principe une circonscription unique, sauf si elle comporte plusieurs centres ou résulte d'une fusion. Sont en principe éligibles les électeurs inscrits dans la commune (résidents, citoyens inscrits au rôle des contributions directes, ressortissants des autres États de l'UE).

Le nombre de **conseillers** municipaux varie de sept pour les communes de moins de 100 habitants à soixante-neuf pour celles de plus de 300 000. Le mode de scrutin a beaucoup varié dans le temps ; il est désormais fixé par les articles L. 252 et suivants du Code électoral et il varie selon la taille de la commune.

– Dans les communes de **moins de 1 000 habitants** (74 % des communes françaises), le conseil municipal est élu au scrutin majoritaire à deux tours. Les candidats peuvent se présenter groupés en listes, complètes ou incomplètes, ou isolés. La déclaration de candidature est obligatoire et seuls peuvent se présenter au second tour les candidats ayant obtenu un nombre de voix au moins égal à 10 % des suffrages exprimés au premier tour, sauf si leur nombre était inférieur à celui des sièges à pourvoir. Le panachage[30] est autorisé, mais l'adjonction de noms de personnes non candidates est interdite. Sont élus les candidats ou les listes qui obtiennent au premier tour un nombre de voix représentant à la fois la majorité absolue des suffrages exprimés et le quart des électeurs inscrits ou, à défaut, la majorité relative au second tour.

30. Système qui permet aux électeurs de choisir des candidats figurant sur des listes différentes, à condition de ne pas dépasser le nombre total de sièges à pourvoir.

– Dans les communes de **plus de 1 000 habitants**, le principe est aussi celui du scrutin de liste majoritaire à deux tours. Mais les listes doivent être complètes et elles sont bloquées, ce qui interdit le panachage. Avant 1982, le principe majoritaire était absolu et la liste qui obtenait soit la majorité absolue des suffrages exprimés au premier tour, soit la majorité relative au second tour emportait la totalité des sièges. Ce système a été jugé peu démocratique, dans la mesure où il privait de toute représentation des minorités parfois très importantes. La loi de 1982 a donc cherché la conciliation entre deux principes opposés : garantir, grâce au principe majoritaire, l'existence de majorités municipales solides ; assurer cependant la représentation des minorités en introduisant une dose limitée de *représentation proportionnelle*.

Depuis cette loi, si une liste obtient la majorité des suffrages exprimés au premier tour, on lui attribue, au titre d'une première répartition, 50 % des sièges à pourvoir. Les 50 % restants sont ensuite répartis proportionnellement entre toutes les listes ayant obtenu au moins 5 % des voix, y compris la liste gagnante.

Si aucune liste n'obtient la majorité absolue au premier tour, un second tour est organisé. Ne peuvent s'y présenter que les listes ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour. Elles peuvent cependant être modifiées pour laisser place à des membres d'une autre liste qui s'était présentée au premier tour, à condition qu'elle y ait elle-même obtenu au moins 5 % des suffrages. La liste qui obtient la majorité relative au second tour remporte dans un premier temps la moitié des sièges à pourvoir. Les 50 % restants sont ensuite répartis entre toutes les listes ayant obtenu des voix, y compris la liste gagnante, à la représentation proportionnelle.

– Paris (163 conseillers municipaux), Marseille (101 conseillers) et Lyon (63 conseillers) sont soumis à des **règles particulières** : les élections y sont organisées dans le cadre des arrondissements ou des secteurs qui découpent la ville. Au nom du principe de l'égalité devant le suffrage (voir page 37), le Conseil constitutionnel a censuré, dans une décision du 26 mai 2013, le tableau fixant la répartition des sièges entre les arrondissements de Paris. En garantissant un minimum de 3 conseillers à chacun d'eux, la loi créait en effet des déséquilibres démographiques trop importants. Abandonnant l'idée de représentation minimale, une loi du 5 août 2013 établit un nouveau tableau et redistribue les sièges sur des bases plus égalitaires (de 1 à 18 sièges à pourvoir selon la taille de l'arrondissement).

c) L'élection des conseillers départementaux

La loi de 2013 modifie profondément le mode d'élection des conseillers départementaux. Les départements étaient, en effet, très mal placés au palmarès de la parité, avec seulement 13,8 % de femmes au sein des conseils et quatre présidentes pour un total de 101 départements. Afin d'y remédier, la loi dispose que depuis 2014, deux conseillers sont élus par canton, au scrutin majoritaire à deux tours, les candidats se présentant en binômes composés obligatoirement d'une femme et d'un homme. Leur mandat dure six ans et le renouvellement des conseils se fait intégralement. L'application de la réforme exige une réduction du nombre des cantons qui est désormais égal, pour chaque

département, à la moitié du nombre de cantons existant au 1er janvier 2013. Le redécoupage, opéré par décrets, a donné lieu à 2 558 recours, pratiquement tous rejetés, devant le Conseil d'État ; celui-ci a confirmé la règle de l'écart de plus ou moins 20 % par rapport à la moyenne de la population par canton au sein du département. Mais cette « ligne directrice » (voir p. 40) peut connaître des exceptions ; des contraintes géographiques, liées par exemple au relief montagneux ou à la superficie étendue de la zone, autorisent ainsi un écart de 43,55 % dans un canton de Corse du Sud. Est élu au premier tour le binôme ayant obtenu la majorité absolue des suffrages et un nombre de voix au moins égal au quart des électeurs inscrits. Ne peuvent en principe se présenter au second tour que les binômes ayant obtenu un nombre de voix égal à 12,5 % des inscrits[31].

d) L'élection des conseillers régionaux

Les dernières élections régionales, correspondant aux treize nouvelles régions, ont été organisées les 6 et 13 décembre 2015. Le mandat des conseillers régionaux a une durée de 6 ans. Les conseillers régionaux sont élus au scrutin de liste selon un système mixte pour partie majoritaire et pour partie proportionnel. Au premier tour, si une liste obtient la majorité absolue des suffrages exprimés, elle reçoit le quart des sièges à pourvoir. Les autres sièges sont répartis à la proportionnelle entre toutes les listes ayant recueilli au moins 5 % des suffrages exprimés. Les listes ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés peuvent se maintenir au second tour ou fusionner avec les listes ayant comptabilisé au moins 5 % des suffrages. Au second tour, la liste arrivée en tête se voit attribuer un quart des sièges à pourvoir. Les autres sièges sont répartis proportionnellement entre toutes les listes ayant obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés.

e) Le conseil économique, social et environnemental régional

L'organisation régionale comporte une originalité par rapport aux autres niveaux de l'administration locale. Elle se caractérise en effet par une sorte de *bicaméralisme*, puisque le conseil régional est flanqué d'une seconde assemblée : le **conseil économique, social et environnemental régional (CESER)**. Ce bicaméralisme est cependant très inégalitaire, dans la mesure où seul le conseil régional dispose de pouvoirs de décision, les compétences du CESER étant exclusivement consultatives. Cette consultation est parfois obligatoire : il *doit* être saisi pour avis, avant leur examen par le conseil régional, de toutes les orientations relatives au budget de la région, de tous les documents relatifs à la préparation ou au compte rendu d'exécution de la planification nationale ou régionale et de tous ceux relatifs aux schémas et programmes établis dans les domaines de la compétence régionale. Par ailleurs, il *peut* être saisi, par le président du conseil régional, d'une demande d'avis ou d'études sur tout projet à caractère économique, social ou culturel. Il peut enfin émettre un avis de sa propre initiative sur toute question entrant dans les compétences de la région.

Le nombre des membres du CESER, qui sont désignés pour une période de **six ans**, varie selon les régions entre 40 et 110. Ceux qui représentent les entreprises et activités non salariées ou les syndicats de salariés (chacune de ces deux catégories devant constituer au moins 35 % du conseil), ou bien les organismes participant à la vie collective de la région (25 % au moins) sont désignés par les organisations qu'ils représentent ; les personnalités qualifiées concourant au développement régional (5 % au plus) le sont par le préfet de région.

Le **président** du CESER est élu pour trois ans par le conseil ; il est rééligible. Le règlement intérieur du conseil fixe les conditions d'élection du bureau, avec pour seule obligation de veiller à la parité en son sein du nombre de représentants des entreprises et des organisations de salariés.

f) La dissolution des conseils

Le mandat des assemblées locales peut être abrégé par leur dissolution. En vertu du principe *« pas de tutelle sans texte »*, celle-ci ne peut être prononcée que dans les conditions et pour les motifs expressément prévus par la loi.

– En cas d'urgence, un **conseil municipal** peut être **suspendu**, pour une durée pouvant aller jusqu'à un mois, par arrêté préfectoral motivé. Le ministre de l'Intérieur en est immédiatement informé. Le conseil municipal peut être également **dissous**, mais par décret motivé pris en conseil des ministres. La loi n'ayant pas précisé les motifs de la dissolution, c'est la jurisprudence qui a dû combler cette lacune. Le Conseil d'État a donc indiqué que seule l'existence de dissensions graves empêchant le bon fonctionnement du conseil pouvait justifier une telle décision.

La dissolution s'accompagne de la mise en place d'une délégation spéciale, composée de trois à sept membres, qui ne pourra décider que des actes ordinaires et quotidiens ou des actes urgents. Les *élections doivent être organisées dans les deux mois*, sauf si le renouvellement général de l'ensemble des conseils municipaux doit intervenir dans les trois mois.

– Aucune disposition du droit en vigueur ne permet de décider par décret la suspension ou la dissolution d'un organe délibérant d'un EPCI à fiscalité propre (voir p. 94).

– Le **conseil départemental** et le **conseil régional** peuvent être **dissous** par décret motivé pris en conseil des ministres lorsque leur fonctionnement se révèle impossible. Le Parlement doit en être informé dans les plus brefs délais. C'est le président du conseil départemental ou régional qui est alors chargé de l'expédition des affaires courantes jusqu'à l'élection du nouveau conseil, celle-ci devant en principe intervenir dans les deux mois. Les décisions du président ne sont exécutoires qu'avec l'accord de l'autorité préfectorale (préfet de département pour le conseil départemental, de région pour le conseil régional). Ces dispositions sont en grande partie théoriques : on ne connaît en effet que deux exemples de dissolution d'un conseil général depuis 1871 et un seul exemple pour un conseil régional depuis 1982.

31. En décembre 2015, il y a bien eu 50 % de femmes parmi les élus aux conseils départementaux. Mais cela n'a guère eu d'effet sur l'attribution des présidences, les femmes n'occupant que 8 % d'entre elles.

2. La désignation et le mandat des exécutifs locaux

Là aussi, les principes généraux sont les mêmes pour les trois niveaux d'administration locale : les exécutifs sont élus par les assemblées. Ils se caractérisent par l'importance de leur chef, qui dispose de nombreux pouvoirs propres. Enfin, les exécutifs sont largement protégés contre la contestation politique des assemblées élues.

a) Le maire et ses adjoints

Depuis les débuts de la IIIe République, exception faite de la période de Vichy, le maire est **élu en son sein par le conseil municipal**. Le maire et les adjoints, qui sont obligatoirement de nationalité française, forment la municipalité. Le maire est élu lors de la première séance suivant l'élection du conseil, au scrutin uninominal, secret, à la majorité absolue aux deux premiers tours et à la majorité relative au troisième. Les **adjoints**, dont le nombre est fixé librement entre un et vingt par le conseil municipal, sans pouvoir excéder 30 % de son effectif, sont élus au scrutin de liste, la composition de celles-ci respectant le principe de parité entre hommes et femmes. L'élection d'un nouveau maire entraîne nécessairement une nouvelle élection des adjoints. Les adjoints n'ont aucune attribution propre ; ils ne tiennent leur compétence que de la volonté du maire, exprimée par une *délégation* établie selon une formulation précise, concernant soit un territoire géographique, soit un secteur d'activité déterminé. Cette délégation peut être retirée à tout moment à un, à quelques-uns ou à tous les adjoints, de façon totalement discrétionnaire. En cas d'indisponibilité du maire, les adjoints peuvent le suppléer dans l'ordre du tableau.

Le mandat du maire et des adjoints est de **six ans**. Il peut être interrompu dans deux cas : *démission*, adressée au préfet du département et qui ne devient définitive qu'une fois acceptée, ou *décès*. En cas de faute, le maire ou les adjoints peuvent être suspendus par arrêté ministériel motivé pour une durée au plus égale à un mois ; ils peuvent aussi être révoqués par décret pris en conseil des ministres et seront en ce cas inéligibles pendant l'année qui suit, sauf en cas d'élections municipales générales.

Le maire n'est pas responsable devant le conseil municipal. Lorsqu'un conflit entre eux entraîne l'impossibilité de fonctionner (par exemple, parce que le conseil municipal refuse de façon systématique le vote du budget), la seule solution est la dissolution du conseil dans les conditions déjà évoquées.

b) Les exécutifs départemental et régional

Le président du conseil départemental est élu en son sein par le conseil, à la première séance suivant le renouvellement partiel, pour une durée de trois ans. Le quorum des présences à l'occasion de cette séance est fixé aux deux tiers des membres de l'assemblée. Les modalités de l'élection sont identiques à celle du maire (majorité absolue aux deux premiers tours, relative au troisième). En même temps que le président, on élit la **commission permanente** du conseil départemental, qui peut se voir déléguer certaines attributions par le conseil, à l'exception des compétences budgétaires.

Un temps supprimée, rétablie par la loi du 6 février 1992, la commission est composée du président, de quatre à quinze vice-présidents susceptibles d'assurer sa suppléance éventuelle en cas d'empêchement, sous réserve que leur nombre ne dépasse pas 30 % de l'effectif du conseil, et éventuellement d'un ou plusieurs membres. Lorsqu'il existe un consensus pour la désignation des membres de la commission, ce qui implique qu'une seule candidature soit déposée pour chacun des postes à pourvoir, les désignations sont entérinées sans élection. Dans le cas contraire, les membres sont élus au scrutin de liste, à la représentation proportionnelle, sans panachage ni vote préférentiel, afin d'assurer la représentation des groupes minoritaires au sein de l'exécutif.

Le président du conseil départemental a le libre choix de ceux des vice-présidents à qui il donnera *délégation* pour l'exercice de certaines attributions. Il choisira bien entendu ceux qui font partie de la majorité départementale. La réunion du président et des vice-présidents ayant reçu délégation constitue le *bureau* du conseil départemental.

Les dispositions concernant la **région** ont été calquées sur celles qui sont applicables au département. L'élection du président se fait donc dans des conditions identiques, et les règles concernant la commission permanente et le bureau sont les mêmes. Le nombre des vice-présidents varie entre quatre et quinze sans pouvoir excéder 30 % de l'effectif du conseil. Il n'existe aucune disposition prévoyant la révocation éventuelle du président du conseil régional, pas plus d'ailleurs que celle du président du conseil départemental.

3. Le statut des élus locaux

Des **inéligibilités** ou des **incompatibilités** peuvent frapper les élus locaux. Certaines sont générales et s'appliquent à n'importe quelle élection (voir page 41). D'autres sont spécifiques à telle ou telle élection locale : ce sont toutes celles qui visent à garantir l'indépendance tant de l'élu que des électeurs. Cela explique, par exemple, l'interdiction de se présenter aux élections municipales opposée à tous les fonctionnaires exerçant ou ayant récemment exercé une fonction d'autorité dans une circonscription englobant la commune. Si l'inéligibilité ou l'incompatibilité survient en cours de mandat, elle entraîne la démission d'office du conseiller, prononcée par le préfet. Mais les questions les plus importantes concernent les deux aspects suivants.

a) Le cumul des mandats

C'est une particularité française. En dehors des grands bouleversements politiques marqués par l'avènement de majorités différentes ou renforcées et où apparaissent de nombreux députés nouveaux (en 1962, 1981, 2002), la conquête préalable de mandats politiques locaux apparaissait souvent comme la condition d'une carrière politique nationale, et le fait de les garder comme une garantie de la longévité de celle-ci. Cette situation a souvent été critiquée : on lui reproche le « mélange des genres » et l'imbrication fréquente des intérêts et des responsabilités qu'elle entraîne. La complexification croissante des problèmes à traiter, les exigences de compétence et de technicité que requiert de plus en plus l'exercice des mandats politiques à tous les niveaux exigent en outre une disponibilité

que l'accumulation des charges ne permet pas toujours. C'est pourquoi des lois successives et en particulier celle, modifiée, du 5 avril 2000, ont réduit, malgré les réticences manifestées par les parlementaires, le nombre des cumuls autorisés : **interdiction** de cumuler plus de deux des mandats électoraux qu'elles énumèrent (mandat parlementaire européen ou national, mandat dans une assemblée régionale, départementale ou dans un conseil municipal d'une commune de plus de 3 500 habitants). La loi interdit en outre le cumul entre deux fonctions exécutives locales[32]. Deux lois plus récentes, organique et ordinaire, du 14 février 2014 interdisent, à partir de 2017, tout cumul entre un mandat parlementaire ou européen et un mandat de chef ou d'adjoint d'un exécutif local (voir p. 41).

b) Les moyens des élus locaux

Cette question va de pair avec une autre : si l'on attend des responsables davantage de disponibilité pour leur mandat local, il faut leur en donner les moyens. Divers articles du Code général des collectivités territoriales (CGCT) prévoient donc des possibilités d'aménagement de leur vie professionnelle (autorisations d'absence…) pour faciliter l'exercice du mandat local. Ils accordent aussi des possibilités de formation aux élus locaux.

En principe, le mandat local n'est pas rémunéré. Mais, pour tenir compte de la réalité de la charge qu'il représente, la loi a établi un système d'**indemnités de fonction** fixées par les collectivités locales elles-mêmes, en référence à l'échelle indiciaire de la fonction publique, et dont le montant s'est considérablement accru depuis le début des années 2000[33]. Le cumul des indemnités est d'ailleurs sans doute une des raisons des réticences fortes des élus nationaux et locaux à la réglementation du cumul des mandats. Il existe également une protection sociale et un régime de retraite.

5. Le principe de libre administration des collectivités territoriales

Les collectivités territoriales *« s'administrent librement par des conseils élus »*, dit la Constitution (art. 72). La loi en tire deux conséquences : le principe représentatif et la notion d'affaires locales. Par ailleurs, comme on l'a dit, les articles 37-1 et 72 de la Constitution leur accordent des pouvoirs d'expérimentation.

1. Le principe représentatif

L'idée que l'administration est confiée à des conseils a rendu le Conseil d'État très longtemps hostile à la pratique du référendum au niveau local. Il considérait, par exemple, qu'en faisant précéder leur décision d'un référendum par le verdict duquel ils se sentaient engagés, un maire ou un conseil municipal transféraient illégalement leur pouvoir de décision à d'autres et que cela était constitutif d'une incompétence. Le développement de la décentralisation a mis fin à cette jurisprudence en autorisant, avec les articles LO 112-1 et suivants du CGCT, l'organisation de référendums locaux. L'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale ou son exécutif peuvent soumettre à référendum local tout projet tendant à régler une affaire de leur compétence.

La loi avait cependant restreint la portée du référendum local, puisqu'elle subordonnait son utilisation à la condition que *« la délibération décidant la consultation indique expressément que cette consultation n'est qu'une demande d'avis »*, qui ne liait pas l'autorité compétente. Le seul cas où le référendum avait une portée décisionnelle concernait l'hypothèse des votes organisés sur les projets de fusion de communes.

En 2003, l'article 72-1 de la Constitution a apporté deux novations : d'une part, le référendum a été étendu à tous les niveaux de collectivités territoriales ; d'autre part, et surtout, ces référendums ont maintenant une portée décisionnelle. La loi organique du 1er août 2003 (articles LO 1112-1 et suivants du CGCT) a déterminé les conditions dans lesquelles un référendum peut être organisé. L'adoption du projet suppose une participation au vote au moins égale à la moitié des électeurs inscrits et une majorité des suffrages exprimés. Mais cette possibilité est très rarement utilisée : depuis l'entrée en vigueur de la loi, aucun référendum n'a été organisé au niveau régional ou départemental et une petite dizaine seulement au niveau communal.

a) Le référendum local décisionnel

Le référendum est décidé par l'organe délibérant sur proposition de l'exécutif. Mais seul l'exécutif peut en proposer l'organisation, s'agissant des attributions qu'il exerce. La question posée, dont le juge peut contrôler le libellé pour vérifier par exemple si elle est claire, peut porter sur tout sujet relevant des compétences de la collectivité (par exemple, l'exploitation d'éoliennes ou la création d'une police municipale). Le projet présenté est approuvé si la moitié des électeurs inscrits ont pris part au vote et s'il a obtenu la majorité des suffrages exprimés.

Les controverses juridiques se sont désormais déplacées sur deux autres plans : d'une part, lorsque certaines majorités locales ont été tentées d'organiser des référendums locaux portant sur des objets relevant de la compétence de l'État (par exemple, un projet d'autoroute ou de construction d'un aérodrome), ces référendums ont été déclarés illégaux par le juge administratif. D'autre part, certaines communes ont récemment souhaité faire participer aux référendums qu'elles ont organisés des habitants qui, n'étant ni français, ni originaires d'un État membre de l'Union européenne, n'ont pas le droit de vote aux élections locales ; là encore, cela s'est conclu par des décisions d'annulation de la part des tribunaux saisis.

32. Ainsi, à la fin des années 1970, le cumul par Jacques Chirac des fonctions de président du conseil général de Corrèze et de maire de Paris a soulevé bien des polémiques.

33. Les augmentations de ces indemnités, décidées par les assemblées locales, soulèvent fréquemment des polémiques : en 2014, le juge administratif a censuré un doublement des indemnités des élus d'une commune de 40 habitants, dont l'essentiel des attributions avait été transféré à une communauté de communes (voir p. 99).

b) Le référendum consultatif d'initiative populaire

La loi du 4 février 1995 avait reconnu la possibilité d'une initiative populaire dans le cadre communal : cette possibilité a été étendue, de façon générale, aux autres collectivités territoriales et aux EPCI (voir page 94) par la loi du 3 août 2004. Elle permet au cinquième des électeurs inscrits dans une commune (au dixième dans un département ou une région) d'exercer un droit de pétition pour demander à l'assemblée délibérante d'une collectivité l'organisation d'un référendum sur une question relevant de sa compétence. Un même électeur ne peut pas signer plus d'une demande de référendum par an. Ce référendum d'initiative populaire n'a pas de caractère décisionnel : la loi prévoit que les électeurs sont seulement *« consultés »* pour *« une demande d'avis »* et que l'autorité compétente arrête sa décision *« après avoir pris connaissance du résultat de la consultation »*.

c) Le référendum local initié par l'État

En s'appuyant sur l'article L. 123-20 du Code de l'environnement, le gouvernement a décidé, par décret du 11 février 2016, d'organiser un référendum dans le département de la Loire-Atlantique, pour permettre à la population de se prononcer sur le projet contesté d'aéroport à Notre-Dame des Landes. Saisi d'un recours contre cette décision, le Conseil d'État l'a rejeté. Une ordonnance du 24 avril 2016 a étendu la possibilité de consulter les électeurs d'une aire territoriale déterminée sur tous les projets susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement.

2. Les attributions des collectivités territoriales

On l'a dit plus haut, la construction de l'organisation administrative française a longtemps reposé sur le principe de la **co-administration**. Si les organes délibérants étaient spécialisés dans la gestion des affaires locales, la situation des organes exécutifs était plus complexe. Une autorité décentralisée, le *maire*, s'était vu attribuer, par la loi de 1884, des pouvoirs dans des matières relevant de la compétence de l'État ; et un fonctionnaire déconcentré, le *préfet*, des compétences exécutives qui en faisaient un organe départemental. La loi de décentralisation de 1982 a partiellement mis fin à ce mélange des genres. Si elle a maintenu la situation du maire, elle a cantonné le préfet dans un rôle exclusif d'agent de l'État et a logiquement confié les fonctions d'exécutif départemental et régional aux présidents des assemblées délibérantes locales.

a) Le maire, agent de l'État

– En définissant les **pouvoirs du maire**, les articles L. 2122-21, L. 2122-24 et 2122-27 du CGCT distinguent trois catégories : ceux qu'il exerce *« sous le contrôle du conseil municipal et sous le contrôle administratif du représentant de l'État dans le département »*, ceux qu'il exerce uniquement *« sous le contrôle administratif »* de celui-ci et ceux qu'il exerce *« sous son autorité »*. Dans le premier cas, il agit en tant qu'organe de la commune et il exécute des décisions prises par le conseil municipal ; dans le deuxième, il a des pouvoirs « propres » et est indépendant du conseil. Dans ces deux hypothèses, il est soumis à la tutelle du préfet ; au contraire, dans l'exercice du troisième type de pouvoir, il est agent de l'État et le préfet dispose à son égard d'un pouvoir hiérarchique.

– La **commune** est donc aussi une circonscription de l'**administration d'État**, au niveau de laquelle sont réglés nombre de problèmes relevant de la compétence de celui-ci.

• Le maire est ainsi chargé de la *publication et de l'exécution des lois*. La mairie est un bureau de renseignements sur des points touchant à l'application et à l'exécution de diverses lois particulières[34] (par exemple, dans les domaines de l'assistance, de l'octroi de certaines allocations, etc.). Également chargé de l'exécution des mesures de sûreté générale, le maire s'est vu confier par les textes des missions spéciales, comme l'organisation des élections ou la délivrance des permis de construire.

• Il est *officier de police judiciaire*, en vertu de l'article 16 du Code de procédure pénale, mais les pouvoirs qui en résultent (possibilité de procéder à des arrestations, de recueillir des témoignages, de faire des constatations sur le lieu d'infractions, etc.) ne sont plus utilisés pour des raisons tenant autant à un manque de compétence technique et de moyens qu'à la large implantation des services de police et de gendarmerie.

• Il est *officier d'état civil*, placé sous le contrôle du procureur de la République. Même si l'établissement des actes de naissance, de mariage ou de décès ou l'inscription des mentions marginales sur les registres d'état civil sont désormais des fonctions accomplies par des employés communaux, au moins dans les communes ayant une certaine importance, c'est en son nom qu'ils les exercent. C'est lui ou les adjoints délégués qui célèbrent les mariages.

Les **fautes** commises dans l'exercice de ces missions au nom de l'État engagent la responsabilité de celui-ci et non celle de la commune.

b) La gestion des affaires locales : les attributions des organes locaux délibérants

Selon l'ancienne rédaction de l'article 1111-2 du CGCT, *« les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence »*. Cette formule instituait ce que l'on appelle « une clause générale de compétence ». Les lois de décentralisation avaient pour objectif de définir des blocs de compétence clairs, qui auraient dû interdire tout chevauchement d'attributions entre l'État et une collectivité territoriale ou entre les diverses collectivités territoriales. Ce principe avait d'autant plus d'importance que l'article L. 111-3 du même Code interdit toute tutelle, *« sous quelque forme que ce soit »*, d'une collectivité locale sur une autre.

La réalité était cependant toute différente : d'une part, parce que certaines lois affirmaient l'existence de compétences multiples dans un même domaine ; d'autre part, parce que le développement de la pratique des financements croisés, souvent décidés à la demande de l'État lui-même, amenait

34. Depuis le 1er janvier 2016, le *Journal officiel* paraît exclusivement en format numérique accessible sur le site *legifrance.gouv.fr*.

régulièrement l'intervention de collectivités locales dans des domaines ne relevant pas en principe de leurs compétences[35]. Les projets de réforme actuels ne remettent pas en cause le principe des financements croisés ; ils cherchent simplement à y apporter une certaine cohérence en créant un espace de négociation et de concertation au sein de la Conférence territoriale de l'action publique. Mais il est vraisemblable que la logique de la négociation mettra à mal les objectifs de rationalisation souhaités par la loi.

La réforme de 2014-2015 visait à clarifier la répartition des compétences entre les différents niveaux. Le secrétaire d'État à la Réforme territoriale avait résumé cet objectif de manière lapidaire : *« aux régions l'économie, aux départements la solidarité, au bloc communal les services de proximité »*. Les textes votés sont assez largement allés dans ce sens.

- **Les attributions du conseil municipal**

Pour les définir, l'article L. 2121-29 du CGCT, qui reprend les termes de la loi de 1884, utilise une formule très synthétique : *« Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune. »* Cela recouvre trois grandes catégories de tâches, que le conseil municipal exerce en se réunissant au moins une fois par trimestre.

– Le conseil municipal assure des **missions de gestion** importantes : en particulier, il gère et entretient le domaine public communal, et crée et gère les services publics municipaux. Il ne dispose cependant pas d'une liberté pleine et entière dans ce dernier domaine. La création de certains services publics lui est en effet imposée par la loi, comme le service de l'état civil ou du cadastre ; celle d'autres services qui par exemple excéderaient la notion d'affaires communales, lui est interdite.

Mais la question la plus importante concerne la compétence du conseil municipal pour créer des services publics industriels et commerciaux risquant de faire concurrence à l'initiative privée. Le Conseil d'État avait longtemps été hostile à ce que l'on appelait le *socialisme municipal*. Les textes avaient cependant évolué, en particulier avec des décrets de 1926, puis de 1955, reconnaissant une certaine compétence aux communes pour intervenir dans le secteur économique et social. Le Conseil d'État a donc modifié sa position. Il a commencé à admettre la création de tels services lorsque, en raison d'une carence de l'initiative privée, les besoins de la population locale n'étaient pas du tout ou très insuffisamment couverts[36]. Par la suite, il a interprété cette notion d'insuffisance en termes qualitatifs et non plus seulement quantitatifs[37].

– Le conseil municipal **vote le budget** : les *recettes* des communes sont d'abord constituées par les impôts. La fiscalité locale pose cependant problème pour deux raisons. D'abord, surtout pour ce qui concerne les impôts directs, sa structure est ancienne et rigide, peu adaptée à la vie économique moderne et à l'évolution des activités communales. D'autre part, ces recettes sont très disparates d'une commune à l'autre et conduisent à des inégalités flagrantes. Les écarts entre les budgets des communes sont considérables. Selon un rapport de l'ancien Commissariat général du Plan, publié en janvier 2002, le rapport entre la commune la plus pauvre et celle qui dispose des ressources fiscales les plus importantes varie de 1 à 12 000. Les recettes issues des entreprises varient de 1 à 908. Et le système de péréquation que l'État s'efforce de mettre en place à travers ses **dotations** aux communes, dont un peu plus du tiers se consacre à cet objectif, est loin de corriger la situation puisqu'il ne réduit les disparités que de 30 %.

Le second poste important est constitué par des *subventions de l'État*. Depuis les lois de décentralisation, ces subventions sont de plus en plus globales, pour faciliter l'autonomie locale : dotation générale de décentralisation, pour compenser les charges résultant des transferts de compétences en provenance de l'État, dotation globale de fonctionnement, dotation globale d'équipement[38].

– Les communes voient désormais leurs tâches s'étendre bien au-delà de la gestion courante. À partir des années soixante, puis avec les lois de décentralisation et les transferts de compétences en provenance de l'État, leur rôle s'est **considérablement accru** dans les secteurs de l'urbanisme, du logement, de l'emploi et de l'aménagement des zones d'activités économiques, ainsi que dans les domaines sanitaire, social et culturel (équipements éducatifs, culturels, sportifs…). Nous en verrons plus loin les conséquences sur la coopération intercommunale, où nous constaterons une diversification croissante des situations selon la densité du peuplement.

- **Les attributions du conseil départemental**

La gestion des intérêts propres du département appartient au conseil départemental et à son président. Créé en l'an VIII, le conseil départemental a reçu son organisation actuelle de la loi du 10 août 1871 qui, même modifiée à de nombreuses reprises, en a posé les bases essentielles et a définitivement établi le principe de l'élection du conseil au suffrage universel. Les lois de décentralisation lui ont donné une assez large latitude d'organisation : il est tenu de se réunir au moins une fois par trimestre, mais peut

35. Un exemple caractéristique : c'est en principe l'État qui est le seul responsable de l'enseignement supérieur ; on a pourtant vu, y compris à sa demande, de nombreux exemples d'interventions financières de collectivités locales en matière d'équipement universitaire. Il est vrai qu'en ne prévoyant un financement par chaque collectivité des projets relevant des domaines de compétences qui lui ont été dévolus par la loi que « par priorité », l'article L. 1111-4 du CGCT n'exclut pas que chacune intervienne aussi dans le domaine de l'autre. En cas de coopération de plusieurs collectivités pour l'exercice d'une compétence, la loi peut autoriser l'une d'entre elles à organiser les modalités de leur action commune.

36. Il avait ainsi refusé d'admettre la légalité d'une décision créant une épicerie municipale faute d'une telle carence (30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*). Il a, en revanche, régulièrement admis l'ouverture de bains-douches.

37. Il a, par exemple, admis la création d'un cabinet dentaire par une municipalité, compte tenu non seulement de *« la carence de l'équipement hospitalier et du nombre insuffisant de praticiens privés »*, mais aussi du fait que *« ceux-ci pratiquaient en fait, pour la plupart du moins, des tarifs supérieurs aux tarifs de responsabilité de la Sécurité sociale »*, alors que la population locale était *« constituée en grande majorité de salariés modestes »* (arrêt du 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre* ; voir également pages 82 et 120).

38. Les collectivités locales estiment toutefois que le montant de ces subventions n'évolue pas en proportion des nouvelles charges qui leur incombent réellement.

accroître le nombre de ses réunions à la demande de son bureau ou du tiers de ses conseillers. Les procès-verbaux de ses séances doivent être tenus à la disposition de tout électeur ou contribuable du département.

Les attributions du conseil départemental ont été **fortement augmentées** par les lois de décentralisation successives. Le département constituant avant tout un échelon de gestion, elles sont essentiellement d'ordre administratif, même si les vœux politiques ne sont plus interdits, comme c'était le cas dans le passé. Après celle de 2010, la loi NOTRe lui retire cependant le bénéfice de la clause de compétence générale. Par ailleurs, même si le réformateur n'est finalement pas allé aussi loin qu'il le souhaitait, les départements où existent des métropoles voient leurs compétences fortement rognées par la création de celles-ci (voir page 99).

– Le conseil départemental **vote le budget** départemental : celui-ci est bien entendu fortement affecté par l'extension des compétences départementales réalisée dans le cadre de la décentralisation. En principe, en vertu du nouvel article 72-2 de la Constitution, tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Les conseils départementaux dénoncent cependant souvent un transfert excessif de charges et une certaine hypocrisie de l'État qui, selon eux, ne compense pas toujours les augmentations de dépenses que ce transfert génère, en particulier parce qu'il ne tient pas compte de leur évolution (voir plus haut « La nécessité d'encadrer la dépense publique », page 81). On a fait remarquer qu'au moment du transfert, les dépenses des départements ont presque doublé, entre 2002 et 2004, et que le taux de couverture de l'État n'a pas suivi, puisqu'il est au contraire, dans le même temps, passé de 43 à 37 % : les collectivités territoriales dénoncent donc le poids excessif que cela représente pour leurs budgets sociaux et réclament une révision de la loi.

– Il crée et **gère les services départementaux** dans le cadre des lois qui les réglementent : ses principales activités se situent à ce titre dans les domaines de l'**action sociale**, de l'**hygiène** et de la **santé**.

– Il **gère les biens** du département : il est chargé de la construction et de l'entretien de la **voirie** départementale. La loi de 2004 a, là aussi, transformé massivement des routes nationales en routes départementales (18 000 km) et donc accru les charges pesant sur les départements. Il a la charge des **ports maritimes** de commerce ou de pêche. Les lois de décentralisation l'ont investi de missions importantes dans le domaine de l'enseignement (construction, entretien et fonctionnement des **collèges**) et de la **culture** (bibliothèques ou établissements d'enseignement artistique).

- **Les attributions du conseil régional**

La région a d'abord été imaginée dans une perspective de déconcentration et ce n'est que depuis les années soixante qu'on essaie timidement d'en faire un échelon décentralisé. Dès le départ, cependant, s'était posée une question – celle de la pertinence de l'existence de trois niveaux d'administration locale – qui ouvrait une querelle entre les partisans du département et ceux de la région. Pour donner une certaine spécificité à celle-ci, on avait d'abord insisté sur son rôle économique et on lui avait assigné des missions de type stratégique (planification, aménagement du territoire), par opposition à l'image plus gestionnaire du département. Même si cette opposition reste globalement vraie, la loi de décentralisation de 2004 l'a cependant atténuée en transférant des compétences de gestion à la région, par exemple la responsabilité des personnels techniques, ouvriers et de service des lycées.

– Le conseil régional a pour mission de **promouvoir le développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique** de la région et l'aménagement de son territoire. Il peut donc accorder des aides ou des garanties d'emprunt à des entreprises, décider de participer au capital de sociétés, réaliser des équipements collectifs présentant un intérêt régional ou participer à leur financement.

– Il a des attributions en matière d'**enseignement** et de **recherche** : équipement, entretien et fonctionnement des *lycées*, diffusion et développement de la recherche dans la région. La gestion du secteur de l'apprentissage et de la formation professionnelle lui a été également transférée par les lois de décentralisation.

– D'autres **compétences spécialisées** lui ont été transférées en matière d'environnement, d'urbanisme, de pêche, etc.

– Il a d'importantes attributions en matière de **planification** : en particulier, il délibère sur le projet de **contrat de plan** conclu avec l'État ; ce contrat définit les actions que l'État et la région s'engagent à mener conjointement pendant la durée du plan.

c) Les attributions des organes exécutifs

- **Le maire**

En tant qu'organe de la commune, il dispose à la fois de *pouvoirs propres*, sur l'exercice desquels le conseil municipal ne peut pas intervenir, et d'autres pouvoirs qu'il n'exerce que sous le *contrôle de ce dernier*.

– Le principal pouvoir propre du maire est celui qu'il détient en tant qu'**autorité de police administrative**. Prévu par l'article L. 2212-1 du CGCT, il lui permet de réglementer l'exercice des libertés publiques en prenant toutes mesures propres à prévenir les troubles à l'ordre public (voir page 116) dans des domaines clairement précisés par cet article : **la sécurité, la salubrité et la tranquillité publiques**[39].

Les deux premières notions sont essentiellement techniques et n'ont guère d'implications politiques : la sécurité vise entre autres la police de la circulation et du stationnement des véhicules, la salubrité recouvre la protection de l'hygiène et de la santé publiques. En revanche, la protection de la tranquillité publique touche à des domaines politiquement très sensibles (par exemple, la liberté de réunion ou l'organisation de manifestations). C'est pourquoi une loi du gouvernement de Vichy de 1941, qui ne fut abrogée qu'en 1995, en avait en grande partie retiré l'exercice aux maires dans les villes de plus de 10 000 habitants pour la confier aux préfets (régime de la police d'État). Depuis 1995, la

39. L'exercice de ces pouvoirs est bien entendu soumis au contrôle du juge administratif, qui a par exemple annulé ou atténué les arrêtés municipaux limitant la circulation des jeunes.

police est étatisée dans toutes les communes chefs-lieux de département ; pour implanter la police d'État dans les autres, on appréciera l'importance de leur population, permanente et saisonnière, leur situation dans un ensemble urbain et les caractéristiques de la délinquance. Lorsque l'étatisation est instaurée, le maire perd la gestion des personnels de police dans sa ville et certains de ses pouvoirs en matière de tranquillité publique.

– Pour accomplir ses tâches, le maire dispose d'un **personnel municipal** dont il est le chef hiérarchique. Il est investi du pouvoir de nomination, d'affectation et de révocation, il organise leur activité et signe toutes les mesures individuelles concernant leur carrière. La gestion de ce personnel constitue également une compétence propre, qui avait souvent, dans les années suivant la loi de 1884, été utilisée dans des conditions critiquables (forte politisation). C'est pour apporter à cette gestion équité et cohérence qu'une loi de 1952, modifiée à plusieurs reprises, a établi un **statut des fonctionnaires communaux**. Celui-ci a été totalement rénové, en particulier par la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. S'il appartient aux organes délibérants de créer et de supprimer les emplois, c'est aux organes exécutifs qu'il revient d'y nommer et d'y titulariser les personnes. La loi a créé des **centres de gestion** (établissements publics locaux à caractère administratif), compétents par département pour tous les fonctionnaires territoriaux, et un **Centre national de la fonction publique territoriale** (CNFPT). Ces centres doivent être informés de toute vacance ou création d'emploi et organisent la publicité sur l'existence de postes à pourvoir. Cette procédure a pour but à la fois de permettre la mobilité des fonctionnaires locaux d'une collectivité à l'autre et d'apporter une plus grande homogénéité dans la gestion des carrières, en évitant les disparités entre collectivités.

Par rapport aux autres collectivités territoriales, la multiplicité des communes posait cependant un problème spécifique : nombre d'entre elles n'ont jamais eu d'emploi à temps complet. La loi a donc dû prévoir des dispositions particulières pour ce type de situation (par exemple, en autorisant le recrutement de contractuels).

– La collaboration **entre le maire et le conseil municipal** est celle qui s'établit ordinairement entre un exécutif et un organe délibérant. Le maire est chargé de préparer les décisions avant que le conseil municipal ne les adopte et de les exécuter une fois qu'il l'a fait. C'est en particulier à ce titre qu'il prépare et propose le budget et qu'il ordonnance les dépenses.

– Le maire est devenu un **personnage de plus en plus important** dans sa commune ; il a de longue date cessé d'être un simple exécutant des décisions de son conseil municipal. Depuis 1970, la loi l'autorise à bénéficier de délégations de pouvoirs du conseil municipal pour exercer en ses lieu et place de nombreuses et importantes attributions. On assiste donc, au niveau municipal, au phénomène général de personnalisation du pouvoir et au décalage progressif entre la nécessité d'une forte permanence et d'une technicité des fonctions exécutives et le caractère épisodique et moins « professionnel » des fonctions délibérantes. Les transformations du mode de scrutin, garantissant une majorité à l'équipe municipale, ont encore renforcé cette évolution.

En contrepartie, la **responsabilité civile et pénale** du maire s'est accrue, à la fois pour des actes relevant de l'exercice normal des fonctions (en particulier, certains délits non intentionnels) et pour des détournements de celles-ci (phénomènes de corruption, délits d'ingérence ou prises illégales d'intérêts). Certaines affaires retentissantes ont montré l'inquiétude que cette évolution soulevait chez nombre de responsables politiques locaux et provoqué une révision du Code pénal par la loi du 10 juillet 2000, avec pour effet de limiter les hypothèses de responsabilité pour délits non intentionnels.

Le maire **n'est pas politiquement responsable** devant son conseil municipal. En cas de conflit entre les deux, le conseil municipal ne peut pas renverser le maire et sa seule arme réside dans le refus éventuel de voter le budget. Si cela aboutit à un blocage de l'administration de la commune, la seule solution sera une éventuelle *dissolution du conseil*, dans les conditions qui ont été évoquées plus haut.

- **Le président du conseil départemental**

Il a pour mission essentielle de préparer les **réunions du conseil** : il établit le projet de budget ainsi que les rapports préalables à toute soumission d'affaires au conseil, qu'il a le pouvoir de convoquer et dont il préside les séances. Il exécute les décisions adoptées en faisant percevoir les recettes et en ordonnançant les dépenses prévues au budget, en signant les contrats approuvés par le conseil, en représentant le département en justice et il dispose pour cela des **services du département**. Indépendamment de ceux créés par le conseil départemental de sa propre initiative, les lois de décentralisation ont procédé à un partage des anciens services de l'État dans le département : certains ont été en grande partie transférés à celui-ci, tels ceux qui gèrent les affaires sanitaires et sociales ; d'autres ont été partagés entre l'État et le département, comme ceux qui s'occupent de l'équipement ; d'autres enfin sont restés à l'État, mais des conventions passées entre le préfet et le président du conseil départemental permettent à celui-ci de les utiliser en tant que de besoin. Les personnels des services départementaux relèvent de la *fonction publique territoriale*.

Depuis 1982, le président du conseil départemental dispose de pouvoirs de **police administrative** sur les biens (en particulier les routes) relevant du domaine du département. Il exerce ces pouvoirs en toute indépendance à l'égard du conseil départemental.

- **Le président du conseil régional**

Il a des attributions calquées sur celles du président du conseil départemental, à une exception près puisqu'il ne dispose pas de pouvoirs de police administrative.

d) Les pouvoirs d'expérimentation

Depuis sa révision en 2003, la Constitution autorise les collectivités territoriales à mener, à titre expérimental et pour une durée limitée, des politiques publiques dans des domaines ne relevant pas de leurs compétences (art. 37-1) ou à déroger, dans les mêmes conditions, à certaines dispositions législatives ou réglementaires en vigueur (art. 72 al. 4). La loi organique du 1er août 2003 limite à cinq ans la durée maximale de l'expérimentation.

L'article 37-1 autorise les organes de l'État à introduire dans la loi ou le règlement des dispositions à caractère expérimental. C'est sur ce fondement que les attributions des collectivités territoriales peuvent être provisoirement étendues à l'exercice de certaines compétences de l'État. La loi du 13 août 2004 a ainsi défini huit domaines susceptibles de connaître une telle extension. On y trouve, par exemple, la gestion des fonds structurels européens ou l'entretien du patrimoine. C'est aussi sur cette base que pourraient être créés les premiers établissements publics d'enseignement primaire, ce qui représenterait une modification importante du statut des actuelles écoles communales. De même, la loi dite « DALO » autorise le recours à l'expérimentation pour la mise en place du droit au logement opposable en faveur des personnes défavorisées.

En application de l'article 72, des collectivités peuvent déroger provisoirement, avec l'autorisation de l'État, aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur, sauf dans les domaines où les conditions essentielles de l'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti sont en cause ; ce pouvoir permet exceptionnellement aux collectivités bénéficiaires d'élaborer, en lieu et place des autorités nationales, des normes applicables sur leur territoire dans un domaine précis. Cette possibilité a été utilisée à partir de 2007 dans les politiques de lutte contre les exclusions et dans la mise en place du revenu de solidarité active (RSA).

L'expérimentation, dont on connaît déjà divers exemples, n'est possible qu'à la demande de la collectivité concernée, exprimée par une délibération motivée de l'assemblée locale ; elle est autorisée, selon la nature des questions concernées, soit par le Parlement, soit par le gouvernement. Elle doit faire l'objet, à son terme, d'une évaluation par le Parlement et peut ensuite être soit prolongée pour trois ans, avec ou sans modifications, soit généralisée, soit abandonnée.

6. Le contrôle sur les collectivités locales

Il vise à assurer le respect de la **légalité** par ces collectivités.

1. Le contrôle sur les personnes

Les lois de décentralisation ont largement maintenu les règles traditionnelles de la tutelle sur les personnes.

– Le **maire et les adjoints** occupent une position particulière parmi l'ensemble des élus locaux : ils sont en effet les seuls à pouvoir être **suspendus** pendant une durée maximum d'un mois par arrêté ministériel motivé et **révoqués** par décret en conseil des ministres, c'est-à-dire, dans les deux cas, par une autorité de l'État. L'existence de ce pouvoir disciplinaire s'explique par leur *dualité fonctionnelle* : organe de la commune et agent de l'État. En revanche, aucune procédure du même type n'est prévue pour les autres conseillers municipaux, ni pour les élus départementaux ou régionaux. Les mesures de suspension et de révocation, qui ne peuvent être prises qu'après que les intéressés ont été informés des griefs formulés à leur encontre et appelés à fournir des explications, écrites ou orales, s'appliquent à l'ensemble de leurs fonctions. Elles sanctionnent des **fautes graves** commises dans l'exercice de celles-ci (falsification de documents, irrégularités financières), des refus d'obéir aux instructions données [40] ou des comportements contraires à l'intérêt général dont l'élu peut se rendre coupable, soit dans l'exercice de ses fonctions [41], soit en dehors de celles-ci [42].

– Les **conseillers municipaux ou généraux** peuvent être **démissionnés d'office** par décision du tribunal administratif lorsqu'ils ont refusé de remplir une mission qui leur est imposée par la loi (par exemple, la présidence d'un bureau de vote) ; il en va de même pour les **conseillers régionaux**, mais la décision est alors prononcée par le Conseil d'État. Ils peuvent aussi l'être s'ils deviennent inéligibles en cours de mandat : la démission d'office des élus municipaux ou régionaux est en ce cas prononcée par le préfet [43], celle des élus départementaux ne pouvant au contraire émaner que du conseil départemental [44].

2. Le contrôle sur les actes

Les lois de décentralisation ont, en revanche, très profondément modifié les règles anciennes de la tutelle sur les actes des organes locaux. L'un des principaux changements qu'elles lui ont apporté est constitué par la place beaucoup plus importante que l'exercice du contrôle laisse désormais à des organes juridictionnels.

a) L'annulation des actes illégaux

Les actes illégaux des organes locaux peuvent être annulés. Mais, alors qu'avant 1982 cette annulation était, dans la majeure partie des cas, prononcée par le préfet et que celui-ci pouvait, dans certaines hypothèses, se fonder sur de simples motifs d'opportunité, elle ne peut plus l'être depuis cette date que par le **juge administratif**, et uniquement pour des motifs de légalité.

- **Deux types d'actes des organes locaux**

Les actes les plus importants des organes locaux, dont la liste est donnée par la loi (ce sont principalement les délibérations des conseils, les actes de police administrative, les arrêtés réglementaires des organes exécutifs, divers contrats, à condition qu'ils aient un caractère

40. CE 1er février 1967, *Cuny* : un maire est suspendu pour avoir refusé de pavoiser les bâtiments publics lors de la commémoration de l'appel du 18 juin 1940.

41. CE 27 février 1981, *Wahnapo* : un maire est suspendu pour avoir tenu des propos outranciers au cours des cérémonies du 11 novembre.

42. CE 12 juin 1987, *Chalvet* : un maire est révoqué après avoir été condamné pour attentat à la pudeur sur des mineurs.

43. De département dans le premier cas, de région dans le second.

44. C'est en principe une obligation, mais elle peut parfois soulever des difficultés. En 1997, par exemple, le conseil général des Bouches-du-Rhône a refusé de prononcer la démission d'office de son président, devenu inéligible à la suite d'arrêts de la Cour des comptes le condamnant pour gestion de fait (sur cette notion, voir page 185).

administratif…), ne deviennent exécutoires qu'après avoir été transmis au préfet. La transmission est donc **obligatoire** pour que l'acte s'applique. La collectivité territoriale est libre de choisir le moment de la transmission, sauf pour les marchés et les actes budgétaires qui doivent être transmis dans les quinze jours. Les autres actes, ceux qui ne figurent pas sur la liste législative et qui sont les plus nombreux, n'ont pas besoin d'être transmis au préfet ; ils deviennent exécutoires dès leur publication ou leur notification aux intéressés.

Le préfet a donc nécessairement connaissance des premiers. S'il découvre qu'ils sont illégaux, il peut, dans un délai de deux mois suivant leur réception, les déférer de sa propre initiative au tribunal administratif. C'est ce qu'on appelle le **déféré préfectoral**. En revanche, il n'a pas toujours connaissance des seconds ; mais toute personne lésée par un tel acte pourra, dans les deux mois suivant sa publication ou sa notification, soit en demander l'annulation au tribunal administratif, soit dénoncer son éventuelle illégalité auprès du préfet. Ou bien ce dernier partagera cet avis et il déférera l'acte au tribunal administratif dans les deux mois suivant la réclamation ; ou il refusera de le faire et la personne concernée pourra alors elle-même intenter un **recours pour excès de pouvoir** contre l'acte litigieux[45] (voir page 148).

- **L'information par le préfet**

Le préfet peut informer l'autorité décentralisée de son intention de déférer l'acte au juge et lui demander de modifier, de retirer ou d'abroger cet acte. Cette demande a pour effet de proroger le délai du déféré qui recommencera à courir, si elle est refusée, à compter de la date du refus, explicite ou implicite. Le préfet peut aussi, pour abréger l'incertitude régnant sur l'exécution de l'acte, indiquer rapidement à l'autorité décentralisée, à la demande de celle-ci, son intention de ne pas déférer l'acte au juge ; cela ne l'empêche cependant pas de changer d'avis, à condition qu'il le fasse avant l'expiration d'un délai de deux mois.

b) La suspension de l'exécution de l'acte

Le préfet peut assortir son déféré d'une demande de suspension de l'exécution de l'acte **(référé-suspension)**, que le juge accordera s'il estime qu'au moins un des moyens invoqués crée un **« doute sérieux »** sur la légalité de l'acte. La loi distingue cependant trois cas : dans le cas « normal », le juge dispose d'un mois pour statuer et, tant qu'il ne l'a pas fait, l'acte litigieux s'applique ; en revanche, son application sera automatiquement suspendue pendant un mois s'il concerne une question d'urbanisme, de marché ou de délégation de service public et si le déféré est intenté dans un délai de dix jours ; enfin, si l'acte litigieux est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle, la loi organise une procédure d'extrême urgence : la demande de suspension sera examinée par un juge unique (le président du tribunal administratif) qui devra statuer dans un délai de 48 heures (**référé-liberté**, voir page 147).

Si le Conseil d'État est saisi d'un appel, à présenter dans les quinze jours, c'est aussi un juge unique (le président de la section du contentieux ou un conseiller d'État délégué) qui disposera du même délai pour se prononcer.

c) La substitution d'office

Les lois de décentralisation ont également maintenu des pouvoirs de substitution d'office.

– C'est le cas dans diverses hypothèses de **carence** des autorités locales, par exemple lorsque le maire ou le président du conseil départemental n'exercent pas leur pouvoir de police et qu'existe un danger pour l'ordre public ; le préfet peut alors **se substituer à eux** pour prendre les mesures nécessaires, à condition de leur avoir préalablement adressé une mise en demeure restée sans résultat. Il en va de même lorsque les autorités locales n'élaborent pas ou ne modifient pas certains documents d'urbanisme pour les mettre en accord avec la loi dans un certain délai suivant une mise en demeure du préfet.

– C'est aussi le cas en **matière financière**, secteur dans lequel les lois de décentralisation ont cependant introduit un nouvel acteur important, la **chambre régionale des comptes** (voir page 191).

Une collectivité locale a l'obligation de **voter son budget en équilibre réel**. Cela implique d'abord que les recettes et les dépenses aient été évaluées de façon sincère, sans surestimation ni sous-estimation ; qu'il n'y ait pas de déficit ; et que l'on n'ait pas conclu de nouveaux emprunts pour assurer le remboursement de ceux qui sont en cours. Le budget doit avoir été adopté avant le 31 mars de l'année où il s'applique. Si ces conditions ne sont pas remplies (budget non voté à temps ou voté en déséquilibre), le préfet doit saisir la chambre régionale des comptes en lui fournissant toutes les informations nécessaires à l'établissement du budget, dont la liste est fournie par la loi. La chambre doit, après avoir entendu les explications de la collectivité, faire, dans le délai d'un mois, toutes propositions pour rectifier la situation. Le préfet règle alors le budget, soit en suivant purement et simplement les propositions de la chambre, soit en s'en écartant ; il doit, dans ce dernier cas, s'en expliquer par une décision motivée.

Lorsqu'une autorité décentralisée n'a pas inscrit à son budget une **dépense** que la loi rend pour elle **obligatoire**[46], le préfet saisira la chambre régionale des comptes[47] ; celle-ci, après mise en demeure de la collectivité restée sans effet, demandera au préfet d'inscrire la dépense, en proposant la compensation de ce surcroît de charges. Le préfet suivra la chambre ou, s'il préfère une autre solution, devra la justifier par décision motivée. Au cas où, après le vote du budget, la collectivité ne prend pas les dispositions

45. Le Conseil d'État estime donc que la présentation d'une requête au préfet conserve le délai du recours pour excès de pouvoir : 25 janvier 1991, *Brasseur*. Mais cela ne concerne que les actes non soumis à transmission obligatoire. Pour les autres, la prorogation du délai est expressément interdite par la loi.

46. Quelques exemples, parmi bien d'autres : les dépenses relatives à l'aide sanitaire et sociale pour un département, ou celles relatives à la rémunération des agents communaux pour une commune, ou celles relatives aux actions de formation professionnelle pour une région.

47. La chambre peut aussi être saisie par le comptable public (voir page 181) ou par un tiers intéressé.

nécessaires au mandatement de dépenses obligatoires, le préfet peut y procéder d'office, après lui avoir adressé une mise en demeure.

Normalement, le principe de la décentralisation **exclut** toute idée d'instruction du contrôleur au contrôlé. Pourtant, en observant la pratique administrative, on pouvait souvent constater que ce pouvoir d'instruction arrivait à se développer par deux procédés bien connus : celui de la *« carotte »* (respectez un modèle type et on vous facilitera la réalisation de l'opération souhaitée, par exemple par l'octroi de subventions) et celui du *« bâton »* (si vous ne respectez pas le modèle type, ne comptez sur aucune facilité). On voyait ainsi se développer, sans base légale, les procédés dits de *« tutelle réglementaire »* ou de *« tutelle technique »* à l'égard des collectivités territoriales. Sans les faire totalement disparaître, les lois de décentralisation se sont efforcées de les alléger, en réduisant le nombre des normes techniques, en exigeant qu'elles ne puissent désormais résulter que de la loi et en leur enlevant fréquemment tout caractère obligatoire.

7. La réorganisation de l'administration communale

Le cadre local actuel a été maintes fois jugé **inadapté**. La France est le pays d'Europe qui compte le plus grand nombre de communes (35 971 au 1er janvier 2016), dont plus de 90 % ont une population inférieure à 2 000 habitants). Cet émiettement constituait souvent une gêne à la fois pour la mise en place d'équipements collectifs performants, ceux-ci ayant un coût qui dépasse les ressources d'une petite commune, et pour la résolution des problèmes d'agglomérations urbaines qui débordent le cadre d'une seule commune.

Dans le même temps, on constatait l'émergence de questions pour le traitement desquelles le cadre communal apparaissait parfois trop étendu. On a vu ainsi se développer des **structures infracommunales**. Afin de développer la participation des habitants à la vie locale, diverses dispositions de la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité (intégrée au CGCT) ont prévu la création, obligatoire dans les communes de plus de 80 000 habitants, facultative entre 20 000 et 80 000, de *conseils de quartier*, susceptibles d'être consultés et associés à toutes actions concernant le quartier ; les communes peuvent aussi créer des *mairies annexes* où sont installés des services municipaux de proximité.

Comme la plupart des pays développés, la France s'est donc trouvée dans l'obligation de réorganiser son administration communale mais, à la différence de ses grands voisins européens, devant la résistance des communes en place et leur refus de disparaître, elle a préféré organiser des structures de **coopération entre communes** existantes plutôt que de recourir à des solutions plus contraignantes en réduisant autoritairement leur nombre. Elles sont fondées sur le volontariat, et leur diversité, même si elle a été réduite, donne à notre organisation locale l'allure de ce qu'on a parfois appelé un « manteau d'Arlequin ».

1. La coopération intercommunale

La coopération entre communes a été prévue dès avant la loi de 1884, puisque celle du 18 juillet 1837 les autorisait déjà à conclure des contrats pour la mise en place *d'ententes ou de conférences intercommunales*, chargées de la construction ou de la gestion d'installations communes.

Les structures intercommunales au 1er janvier 2016

Métropoles	
Nombre de groupements	13
Nombre de communes concernées	676
Population totale regroupée (en millions d'habitants)	15,3
Communautés urbaines	
Nombre de groupements	11
Nombre de communes concernées	359
Population totale regroupée (en millions d'habitants)	2,5
Communautés d'agglomération	
Nombre de groupements	196
Nombre de communes concernées	4 610
Population regroupée	21,8
Communautés de communes	
Nombre de groupements	1 842
Nombre de communes concernées	30 154
Population regroupée	26
Ensemble des groupements à fiscalité propre	
Nombre de groupements	2 062
Nombre de communes concernées	35 799
Population regroupée	65,7

Source : DGCL, Insee.

Un tournant sera pris avec la loi du 22 mars 1890 qui, pour la première fois, permettra à un ensemble de communes de s'associer pour donner naissance à une nouvelle entité, dotée d'une personnalité morale distincte de celle des communes fondatrices, le **syndicat de communes**. En reprenant la même formule juridique, celle de l'établissement public, deux ordonnances du 5 janvier 1959 vont à la fois diversifier et développer la formule du syndicat de communes et ouvrir la voie à des structures d'agglomération : à l'institution des **districts**, créés par ces textes et qui seront supprimés en 1999, s'ajoutera celle des **communautés urbaines**, prévue par la loi du 31 décembre 1966. La loi d'orientation du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, puis celle du 12 juillet 1999 sur le renforcement et la simplification de la coopération intercommunale, rénoveront enfin la question en instituant deux formules nouvelles censées résoudre l'ensemble des questions, puisque celle des **communautés de communes** tend à répondre aux problèmes de l'espace rural, alors que celle des **communautés d'agglomération** s'attache à ceux de l'espace urbain. La loi installe ainsi une distinction essentielle entre deux catégories d'**établissements publics de coopération intercommunale (EPCI)** : ceux qui bénéficient d'une « fiscalité propre », dans la mesure où ils peuvent lever leurs propres impôts (communautés urbaines, d'agglomération ou de communes) et les autres

(syndicats) dont le financement des activités dépend des contributions des communes membres.

La loi du 16 décembre 2010, qui a créé deux nouvelles formes d'EPCI, les **métropoles** et les **pôles métropolitains** (voir pages 99-100), a fait à nouveau évoluer la situation de l'intercommunalité qu'elle entendait, selon les termes d'un de ses titres, *« développer et simplifier »*.

Même si elle n'est pas allée aussi loin que le souhaitaient ses promoteurs, la loi NOTRe du 7 août 2015 renforce l'importance des intercommunalités : elle relève le seuil minimal de population exigé pour leur création et accroît les compétences intercommunales.

a) L'achèvement de l'intercommunalité

Dans le cadre de la volonté de rationalisation et de simplification du paysage administratif français, déjà évoquée (voir page 81 et suivantes), la loi de 2010 a modifié les conditions de la coopération intercommunale. Ses promoteurs affirmaient, dans un premier temps, leur volonté d'**« achever l'intercommunalité »**. Il s'agissait essentiellement de contraindre quelque 2 500 communes qui échappaient encore à l'intercommunalité à rentrer dans le rang[48]. Pour cela, la loi a imposé, dans chaque département, l'élaboration, *« au vu d'une évaluation de la cohérence des périmètres et de l'exercice des compétences des groupements existants […], d'un schéma départemental de coopération intercommunale prévoyant une couverture **intégrale** du territoire par des EPCI à fiscalité propre*[49] *»*.

Le projet de schéma, préparé par le préfet de département, est présenté à la commission départementale de coopération intercommunale, constituée dans chaque département par une réunion d'élus locaux siégeant sous la présidence du préfet, puis soumis à divers avis. La commission dispose de quatre mois pour se prononcer ; ne seront pris en compte que ses amendements adoptés à la majorité des deux tiers. Le schéma, qui peut proposer des créations de nouveaux EPCI, des transformations, des fusions ou des modifications de périmètres d'EPCI ou de syndicats mixtes existants, est ensuite arrêté par le préfet.

La loi a fixé à l'élaboration des schémas plusieurs objectifs de **rationalisation** : il s'agit d'une façon générale de parvenir à la constitution d'EPCI à fiscalité propre regroupant au moins 5 000 habitants[50] ; une autre idée force est la réduction du nombre de syndicats ou de syndicats mixtes et le transfert de leurs compétences à des EPCI à fiscalité propre. On a donc privilégié clairement les structures marquées par une forte intégration et cette orientation est encore renforcée par le fait que les délégués des communes aux organes délibérants des métropoles, communautés urbaines, communautés de communes et communautés d'agglomération seront désormais élus au suffrage universel direct au lieu de l'être par les conseils municipaux.

Enfin, la loi a réanimé le processus de fusion des communes par la création de « communes nouvelles » (voir page 100). Elle étend d'ailleurs largement cette possibilité à d'autres collectivités territoriales, en autorisant les fusions entre départements, entre régions, voire entre régions et départements.

Au 1er janvier 2016, on comptait 2 062 intercommunalités à fiscalité propre regroupant 35 799 communes et 65,7 millions d'habitants. Seules 27 communes restaient isolées[51]. On peut donc dire que la généralisation de l'intercommunalité prévue par la loi de 2010 a été menée à son terme.

b) Les règles communes aux établissements publics de coopération intercommunale

Le Code général des collectivités territoriales fixe désormais un certain nombre de règles communes à tous les *établissements publics de coopération intercommunale* (EPCI).

- **Leur création**

La demande de création doit émaner d'un ou plusieurs **conseils municipaux** intéressés ; elle peut aussi résulter d'une initiative du ou des **préfets** des départements concernés après avis de leur(s) commission(s) départementale(s) de coopération intercommunale. Ces commissions sont composées pour 60 % d'élus municipaux – au sein desquels on recherche une représentation équilibrée entre les communes les moins peuplées et les communes les plus peuplées – et, pour le reste, de représentants d'établissements de coopération intercommunale et de conseillers généraux et régionaux. Chargées d'établir et de tenir un état de la coopération intercommunale dans leur département, compétentes pour formuler toute proposition tendant à renforcer cette coopération, ces commissions sont consultées sur tout projet de création d'un EPCI.

À la suite de cette initiative, le ou les préfets concernés dresseront la liste des communes intéressées. Ils peuvent y inclure toutes celles qui sont susceptibles d'être regroupées, même si certaines d'entre elles ont d'ores et déjà manifesté leur opposition au projet.

Les conseils municipaux des communes inscrites disposent alors d'un délai de trois mois pour faire connaître leur position, faute de quoi elle sera réputée favorable. La création exige l'accord des deux tiers au moins des conseils municipaux intéressés représentant plus de la moitié de la population totale, ou de la moitié au moins des conseils municipaux représentant les deux tiers de la population totale. Cette majorité doit obligatoirement comprendre les

48. S'il constate qu'une commune n'appartient à aucun EPCI ou qu'elle crée une enclave ou une discontinuité territoriale au sein d'un EPCI existant, le préfet peut décider le rattachement de cette commune à un EPCI avec l'accord de l'organe délibérant de celui-ci. En cas de désaccord, le préfet peut passer outre, sauf si la commission départementale de coopération intercommunale a proposé un autre rattachement à la majorité des deux tiers de ses membres. Dans ce cas, c'est le projet de la commission qui sera mis en œuvre.

49. Une exception est prévue pour l'agglomération parisienne (les trois départements limitrophes de Paris).

50. À l'heure actuelle, de très nombreux syndicats n'atteignent pas ce seuil. La loi prévoit par ailleurs la possibilité d'exceptions, essentiellement pour les zones de montagne.

51. Une grande partie de ces exceptions concernait les départements périphériques de la région Ile-de-France : elles ont disparu au cours de l'année 2014, suite à l'application d'un schéma d'intercommunalité établi par le préfet de région en vertu des dispositions de la loi MAPAM.

conseils municipaux des communes les plus importantes (celles dont la population est supérieure au quart de la population totale pour les syndicats ou les communautés de communes, celles dont la population est supérieure à la moitié de la population totale ou, à défaut, dont la population est la plus importante pour les communautés d'agglomération ou les communautés urbaines).

- **Leur administration**

Elle est assurée par un **organe délibérant** appelé conseil. La loi du 17 mai 2013 modifie profondément le mode d'élection des **conseillers communautaires**[52], en organisant un scrutin « fléché »[53] commun avec l'élection des conseillers municipaux. Dans les communes de moins de 1 000 habitants, ils seront désignés parmi les membres du conseil municipal dans l'ordre du tableau (maire, puis adjoints dans l'ordre de leur élection, puis conseillers municipaux classés en fonction du nombre de voix obtenues). Dans les autres communes, deux listes se présenteront aux électeurs sur le même bulletin de vote. Les candidats à l'EPCI devront figurer dans les trois premiers cinquièmes de la liste municipale et la parité hommes-femmes sera obligatoire.

Un *président*, élu par ce conseil dans les mêmes conditions que le maire l'est par le conseil municipal, constitue l'organe exécutif ; il peut déléguer ses pouvoirs, sous sa surveillance et sa responsabilité, à des vice-présidents qui constituent avec lui le *bureau* du comité, ou à certains fonctionnaires responsables de services. Depuis 2011, il s'est vu transférer, sauf opposition du maire concerné, des pouvoirs de police administrative dans certaines matières relevant de la compétence de l'EPCI (par exemple, l'assainissement). Le bureau peut recevoir délégation de l'organe délibérant, à l'exception des compétences financières ou des pouvoirs de modification statutaire. Les règles concernant la tutelle sont analogues à celles applicables aux communes.

- **Leurs évolutions statutaires**

La création de l'EPCI entraîne de plein droit le **transfert** à son profit des compétences dont la loi prévoit le transfert obligatoire et de celles qui sont énumérées dans la décision constitutive. La commune de base ne peut plus intervenir dans les domaines délégués. Après la création de l'EPCI, des **modifications** de son objet peuvent être décidées et accompagnées, le cas échéant, du transfert des biens, équipements ou services nécessaires à l'exercice de ses nouvelles compétences. Ces modifications doivent être décidées par des délibérations concordantes de l'organe délibérant du groupement et de la majorité des conseils municipaux des communes membres. Ceux-ci se prononcent dans les mêmes conditions que celles qui sont requises pour la création de l'établissement.

Le **périmètre** de l'établissement public peut être étendu, par arrêté préfectoral, en adjoignant des communes nouvelles. Cette extension est décidée soit à la demande des conseils municipaux des communes candidates, soit à l'initiative de l'organe délibérant de l'établissement public, soit à celle du préfet. Dans tous les cas, l'extension exige des votes concordants des conseils municipaux des communes candidates et de l'organe délibérant de l'établissement public. Les conseils municipaux des communes membres doivent être consultés dans les trois mois suivant la notification de la décision de l'organe délibérant à leur maire : l'opposition de plus du tiers d'entre eux équivaudra à un *veto*.

Le périmètre peut également être modifié par diminution du nombre des communes membres, sauf dans les communautés urbaines (voir page 98) et dans les métropoles. Une commune peut en effet se retirer de l'établissement public avec le consentement de l'organe délibérant de celui-ci, sauf opposition de plus du tiers des conseils municipaux des communes membres. Le préfet consacrera le retrait par arrêté. Au moment du retrait, un accord amiable est recherché entre l'organe délibérant de l'établissement et la ou les communes concernées sur ses conditions, notamment financières et patrimoniales. Faute de cet accord, c'est un arrêté préfectoral qui les fixera.

Les autres modifications statutaires (par exemple, celle de la répartition des sièges au conseil de communauté) exigent un accord entre l'organe délibérant de l'établissement et les conseils municipaux des communes membres statuant aux mêmes conditions de majorité que celles exigées pour la création de l'établissement. La loi de 2010 détermine les conditions de passage d'une catégorie d'EPCI à une autre ; elle autorise aussi les fusions d'EPCI et détermine, dans ces cas, les conditions de définition du nouveau périmètre par le préfet.

c) La coopération de service : le syndicat de communes

Le syndicat de communes est la forme **la plus élémentaire** de coopération intercommunale. C'est un établissement public doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, associant des communes pour permettre ou faciliter la création et la gestion d'un service ou d'un équipement communs à l'ensemble des communes membres.

- **La création du syndicat de communes**

Elle est réalisée **à l'initiative des communes** qui y appartiendront. Ou bien leur accord est unanime : le préfet constate alors cet accord par arrêté. Ou bien, après établissement par le préfet de la liste des communes intéressées, certaines communes du périmètre concerné manifestent leur désaccord : la création du syndicat exigera alors la majorité qualifiée dont il a été question plus haut. L'avis du ou des conseils généraux intéressés est demandé.

De nouvelles communes peuvent adhérer au syndicat après sa création, dans les conditions précédemment décrites.

52. Dans une décision du 6 août 2015, le Conseil constitutionnel a rappelé que les organes délibérants des EPCI doivent être élus *« sur des bases essentiellement démographiques »*. Il a donc censuré une disposition de la loi NOTRe, qui prévoyait que la représentation de la ville de Paris au conseil de la métropole se ferait par arrondissement. Cette disposition était en fait destinée à empêcher l'élection à ce conseil du chef de l'opposition municipale, Nathalie Koziusko-Morizet, puisqu'elle était minoritaire dans son arrondissement. Mais l'attribution à chaque arrondissement d'un nombre de délégués calculé à la représentation proportionnelle et à la plus forte moyenne amenait trois arrondissements à être surreprésentés et quatre sous-représentés de manière excessive (de plus de 20 % par rapport à la moyenne parisienne). Le Conseil a donc estimé qu'il y avait atteinte à l'égalité du suffrage.

53. C'est-à-dire un scrutin organisé en même temps qu'un autre, mais consacré à un objet différent. Le projet initial de loi NOTRe prévoyait la disparition du fléchage, mais cette proposition s'est heurtée à l'opposition totale du Sénat.

À l'inverse, une commune adhérente peut souhaiter se retirer du syndicat. La procédure à suivre est en principe la même : elle exige donc l'accord du comité du syndicat et celui des deux tiers au moins des conseils municipaux des communes adhérentes.

Cependant, depuis la loi du 5 janvier 1988, une commune **peut se retirer** unilatéralement dans deux cas : d'une part lorsque son adhésion est devenue sans objet à la suite de la modification d'une réglementation, d'autre part lorsqu'elle estime que les dispositions statutaires du syndicat relatives à l'organisation, aux compétences ou aux ressources de celui-ci sont de nature à compromettre de manière essentielle son intérêt à participer à l'objet syndical. Ce peut être en particulier le cas lorsque ces dispositions statutaires font l'objet d'une modification. Elle adressera alors au syndicat une demande tendant à modifier les dispositions litigieuses. Si elle n'obtient pas de décision favorable ou si elle n'obtient qu'une décision insuffisante, elle pourra demander au préfet l'autorisation de se retirer du syndicat. L'avis de la *commission départementale de la coopération intercommunale* est sollicité. Dans ce cas, celle-ci siège dans une composition restreinte, réunissant uniquement des maires (pour les trois quarts de la commission) et des représentants d'EPCI (pour le quart restant).

Enfin, depuis 1999 et dans les mêmes conditions, une commune est autorisée à se retirer d'un syndicat pour adhérer à une communauté de communes, ou à lui retirer certaines compétences pour les transférer à une telle communauté.

Historique du syndicat de communes

Il a été prévu par la loi précitée de 1890 et ne pouvait avoir pour but que la création d'un seul service (par exemple, un réseau de distribution électrique ou d'adduction d'eau). C'est d'ailleurs pour cette raison qu'avait été retenue la formule de l'établissement public, correspondant à l'idée du service public personnalisé.

À l'époque, le syndicat repose sur l'idée de *l'égalité absolue entre communes membres*, quelle que soit leur population, et son fonctionnement est fondé sur le principe de l'unanimité. L'ordonnance de 1959 autorisera la création de SIVOM (syndicats intercommunaux à vocation multiple) pouvant créer et gérer plusieurs services. Enfin, la loi du 5 janvier 1988 autorisera les communes membres d'un syndicat à n'y adhérer que pour une partie des compétences de celui-ci, instituant le principe du syndicalisme à la carte.

Il existe par ailleurs, depuis 1935, des *syndicats mixtes* qui associent des collectivités territoriales de niveau différent (communes, EPCI, départements…) ou d'autres partenaires pour la gestion d'un service public. Ils sont dits « fermés » quand leurs membres sont exclusivement des collectivités territoriales. Lorsque des établissements publics (essentiellement consulaires : chambres de commerce et d'industrie, de métiers, d'agriculture…) figurent parmi les partenaires du syndicat mixte, on dira au contraire qu'il est « ouvert ».

En fonction de la décision de création du syndicat, celui-ci aura une durée indéterminée ou un terme précis. Il est **dissous** de plein droit à l'expiration du terme fixé ou à l'achèvement de l'opération projetée, ou si ses attributions sont reprises par un autre établissement public de coopération intercommunale. Il peut aussi être dissous avec le consentement de tous les conseils municipaux intéressés. La loi de 1982 a ajouté deux nouvelles hypothèses : la dissolution par arrêté préfectoral à la demande motivée de la majorité des conseils municipaux intéressés, après avis de la commission permanente du conseil départemental ; ou la dissolution par décret pris sur avis conforme du conseil départemental concerné et du Conseil d'État. Enfin, la loi de 1988 en ajoute une dernière : la *dissolution d'office,* par le préfet, du syndicat qui n'aurait eu aucune activité depuis deux ans (par exemple, celui dont les instances ne se sont plus réunies). Dans tous les cas, l'acte de dissolution détermine les conditions de la liquidation des actifs et des biens, sous réserve des droits des tiers, créanciers du syndicat. La loi de 2010 autorise les fusions de syndicats et de syndicats mixtes.

- **L'administration du syndicat**

Le principe initial était celui de la **confédération** : le syndicat était donc administré par un comité composé de deux représentants par commune, désignés par leur conseil municipal en son sein ou non. On a cependant admis après 1959, puis davantage encore à partir de 1988, que cette égalité soit contredite par les statuts adoptés lors de la décision institutive et que ceux-ci tiennent compte de l'importance, notamment démographique ou financière, de chaque commune. La loi de 1988 a même admis que, dès lors qu'une commune n'adhère au syndicat que pour une partie des compétences de celui-ci (syndicalisme « à la carte »), ses délégués puissent ne pas participer aux discussions et aux votes portant sur des affaires qui ne les concernent pas.

- **Les compétences du syndicat**

Elles sont déterminées par la décision institutive ou incluses dans ses modifications ultérieures. Les communes jouissent d'une très grande liberté dans la détermination des compétences confiées au syndicat. Le juge administratif exerce un contrôle sur le caractère suffisant de la précision dans la définition de l'objet du syndicat. Celle-ci a en effet deux conséquences juridiques importantes : elle prive les communes adhérentes de toute possibilité d'intervenir dans les domaines délégués au syndicat ; et elle interdit au syndicat de déborder les compétences définies dans ses statuts.

Pour exercer ses compétences, le syndicat bénéficiera de **ressources propres**. Il n'a, en principe et sauf exception, pas de ressources fiscales. Le principe général est que son budget est d'abord alimenté par les **contributions** des communes membres, le pourcentage à acquitter par chacune d'entre elles résultant des statuts. Ces contributions constituent pour chacune des communes concernées des dépenses obligatoires qui pourront être inscrites d'office à son budget. Le syndicat peut cependant, le cas échéant, percevoir les **taxes** ou **redevances** correspondant aux services ou ouvrages dont il assure la gestion (par exemple, la taxe sur l'enlèvement des ordures ménagères, s'il est chargé de la gestion de ce service).

Le nombre des syndicats de communes diminue régulièrement au profit des autres formes de coopération intercommunale. Au 1er janvier 2016, il existait 12 334 syndicats (2 000 de moins qu'en 2014) et la très grande majorité d'entre eux (9 141) étaient des SIVU (syndicats à vocation unique).

d) La coopération de projet

Le principe du syndicat de communes était *« l'union fait la force »* : on se met à plusieurs pour mieux résoudre les problèmes de tous et y trouver une réponse qui serait beaucoup plus difficile à donner si chacun restait isolé. Lorsque, pour faciliter la gestion globale de l'espace urbain dans les grosses agglomérations, la loi du 31 décembre 1966 a créé une nouvelle sorte d'établissement public territorial, la **communauté urbaine**, l'idée est différente : on s'unit parce que c'est le *seul moyen* de résoudre les problèmes collectifs de l'ensemble des partenaires de l'agglomération qu'ils constituent. On franchit ainsi un pas important vers l'intégration forte des structures communales de base au sein d'ensembles plus larges. D'ailleurs la loi crée d'autorité les quatre premières communautés urbaines pour la gestion des agglomérations de Bordeaux, Lille, Lyon et Strasbourg. Douze autres communautés urbaines s'y sont ajoutées ultérieurement par association volontaire de la majorité des communes concernées.

Districts, communautés et problèmes d'agglomération

L'une des questions lancinantes, dans les années 1950, était le décalage existant entre besoins et ressources, illustré par la situation de ce que l'on appelait les « communes-dortoirs ». Souvent une grande partie des activités économiques d'une agglomération se concentrait dans les villes centres, cependant qu'avaient été rejetés à la périphérie les grands ensembles de logements, en particulier sociaux. Ceux-ci généraient des besoins importants d'investissements liés au cadre de vie (équipements scolaires, culturels, sportifs et sociaux, par exemple), auxquels les ressources des communes concernées avaient du mal à faire face, cependant que, plus riche, la commune centre connaissait moins ce type de besoins. Et cela impliquait aussi une gestion de problèmes qui ne pouvaient être traités que dans le cadre global de l'agglomération (aménagement de son territoire, transports et circulation, etc.). D'où la nécessité d'imaginer des structures d'ensemble, comme les districts ou les communautés urbaines.

Une ordonnance du 5 janvier 1959 avait prévu la création de districts urbains, destinés à résoudre les problèmes des agglomérations urbaines. Avec l'évolution des structures de coopération, cette formule du district devint superflue et la loi du 12 juillet 1999 imposa finalement la transformation de tous les districts existants en *communautés de communes*, ou, le cas échéant en *communautés urbaines* ou *d'agglomération*, au 1er janvier 2002.

Par la suite, un mouvement dont les dernières étapes sont constituées par la loi du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale et la loi du 16 décembre 2010 étendra les mêmes principes à d'autres contextes. Pour renforcer l'intercommunalité, la première réduit le nombre des formes d'EPCI et les ramène à **quatre catégories** : les deux dont il vient d'être question (syndicats et communautés urbaines) et deux nouvelles, apparues au cours de la décennie quatre-vingt-dix : les communautés de communes et les communautés d'agglomération. Les trois dernières s'appliquent à trois situations distinctes – celle des très grosses agglomérations organisées autour d'une ville centre, celle du tissu urbain plus diffus et celle du secteur rural – en y faisant correspondre trois types différents de communautés. Pour simplifier la coopération, la loi unifie les règles de création, d'organisation et de fonctionnement de l'ensemble des EPCI. La loi de 2010 y ajoute la catégorie des métropoles.

La construction de cet ensemble marque une volonté de développer ce qu'on appelle **l'intercommunalité de projet**. L'objectif n'est plus simplement de faciliter la résolution commune du problème de chacun, il est d'associer des communes en vue de la réalisation d'un projet commun de développement et d'aménagement, qui soit autre chose que la juxtaposition et l'addition des intérêts de chaque commune membre. À ce titre, les EPCI créés au nom de l'intercommunalité de projet peuvent être dotés d'une fiscalité propre, ce qui leur permet non seulement de percevoir certains impôts aux lieu et place des communes membres, mais aussi de bénéficier de dotations directes de l'État.

- **Les communautés urbaines**

On touche avec elles aux limites de l'utilisation de la formule de l'établissement public pour l'organisation de la coopération intercommunale. En premier lieu, ce qui les caractérise essentiellement, c'est la définition d'un **territoire** et non la détermination d'un service à gérer. Ensuite, la liste des services dont la gestion est confiée aux communautés est d'une telle importance et d'une telle longueur qu'on peut davantage parler de **compétence générale** que d'application du principe de spécialité.

– La **création** et la dissolution de la communauté urbaine : constituée sans limitation de durée, elle doit regrouper plusieurs communes formant un territoire d'un seul tenant et sans enclave, qui s'associent au sein d'un espace de solidarité *« pour élaborer et conduire ensemble un projet commun de développement urbain et d'aménagement de leur territoire »* (article L. 5215-1 du CGCT). Depuis la loi du 16 décembre 2010, cet ensemble doit regrouper au moins **450 000 habitants**. Ces conditions ne sont cependant pas applicables aux communautés existant à la date de la loi.

La création de la communauté urbaine résulte d'un arrêté préfectoral pris après accord des communes intéressées. Les avis favorables doivent obligatoirement comprendre celui du conseil municipal de la commune dont la population serait supérieure à la moitié de la population totale ou, à défaut, de celle dont la population est la plus importante. La dissolution de la communauté urbaine, qui doit être prononcée par décret en conseil des ministres, exige les mêmes conditions.

– Les **compétences** de la communauté urbaine : la loi du 12 juillet 1999 distingue les communautés créées avant la date de sa promulgation de celles qui l'ont été après. Dans les deux cas, la liste des compétences qui leur sont transférées de plein droit est très importante et elle traduit une intégration extrêmement poussée des communes membres. Pour les communautés anciennes, certaines compétences supplémentaires ont pu être transférées par simple décision du conseil de communauté, sans accord des conseils municipaux de base. Pour les communautés futures, certains des transferts prévus seront subordonnés à la reconnaissance de leur intérêt communautaire : cette reconnaissance résulte d'une décision prise par le conseil de la communauté à la majorité des deux tiers.

• **Les communautés de communes et les communautés d'agglomération**

Avec ces formes plus récentes, la loi généralise deux idées force qui caractérisaient la structure des communautés urbaines : elle impose à ces EPCI d'exercer certaines compétences aux lieu et place des communes membres et elle les dote pour cela de moyens spécifiques.

– Leurs **compétences :** la communauté de communes a été instituée en 1992. Elle est destinée à faire coopérer sur une base volontaire des communes *« d'un seul tenant et sans enclave »* (article L. 5214-1 du CGCT). La constitution de la communauté entraîne de plein droit le transfert des compétences relatives à l'aménagement de l'espace et au développement économique. La loi lui impose, en outre, d'exercer des compétences aux lieu et place des communes membres dans au moins un des six groupes suivants : politique de l'environnement, du logement, de la voirie, de l'enseignement et de la culture, action sociale et assainissement.

La communauté d'agglomération a été créée en 1999 pour faire coopérer des communes limitrophes formant un ensemble d'un seul tenant et sans enclave de plus de 50 000 habitants, regroupées autour d'une commune centre de plus de 15 000 habitants. Outre les transferts déjà évoqués pour les communautés de communes, elle bénéficie de plein droit des compétences concernant la politique du logement et la politique de la ville. Elle doit, en outre, se voir transférer au moins trois compétences à choisir parmi les six suivantes : voirie et stationnement ; assainissement ; politique de l'eau ; environnement et élimination des déchets ; équipements sportifs et culturels ; action sociale.

– Leurs **moyens :** la caractéristique essentielle de ces formes de regroupement réside dans le fait qu'elles bénéficient d'une **fiscalité propre**. Celle-ci peut revêtir soit la forme d'une superposition (une colonne supplémentaire dans la feuille d'impôts locaux envoyée à chaque contribuable), soit celle d'une substitution, la communauté prélevant alors un impôt à la place des communes membres.

• **Les métropoles**

La loi du 16 décembre 2010 a créé une nouvelle forme d'EPCI, la métropole ; la loi MAPAM de 2014 développe l'institution en y apportant certaines évolutions. Elle regroupe *« plusieurs communes d'un seul tenant et sans enclave, qui s'associent au sein d'un espace de solidarité pour élaborer et conduire ensemble un projet d'aménagement et de développement économique, écologique, éducatif, culturel et social de leur territoire afin d'en améliorer la compétitivité et la cohésion et de concourir à un développement solidaire et durable du territoire national ».* Le principe de la « métropolisation », fortement soutenu par certains maires socialistes de grandes villes[54], reprend une des recommandations de la commission Balladur, qui y voyait *« un moyen de doter notre pays d'agglomérations d'une force suffisante »*, indispensable pour faire face aux exigences de la compétition internationale.

À l'exception de celles du Grand-Paris, d'Aix-Marseille-Provence et du Grand Lyon[55], créées par la loi, la création d'une métropole est décidée par décret, pris après avis des conseils des régions et des départements dont les communes intéressées font partie, selon deux modalités. Les métropoles naissant de la transformation des intercommunalités à fiscalité propre de plus de 400 000 habitants dans une aire urbaine de plus de 650 000 sont créées de plein droit[56]. Les intercommunalités formant un ensemble de 400 000 habitants incluant le chef-lieu de région, ou se trouvant au centre d'une zone d'emplois de plus de 400 000 habitants, peuvent devenir des métropoles, à la demande des deux tiers des conseils municipaux représentant plus de la moitié de la population (ou l'inverse)[57].

Les conseils des métropoles sont élus au suffrage universel direct, sauf à Paris et à Lyon, où un régime transitoire s'applique jusqu'au prochain renouvellement des conseils municipaux.

La métropole reçoit de plein droit les compétences que les communes membres exerçaient en matière de développement économique, de gestion de l'espace, de politique de l'habitat, de politique de la ville, de gestion des services d'intérêt collectif et de politique d'environnement. Certains transferts de compétences exercées par le département (transports scolaires et voirie départementale) ou par la région (promotion du territoire à l'étranger) sont obligatoires. D'autres sont facultatifs : par exemple, en provenance du département, compétences sociales ou gestion des collèges, tourisme, culture ou construction des équipements sportifs[58] ; en provenance de la région, gestion des lycées ou politique de développement économique. La métropole peut enfin recevoir des compétences exercées par l'État (transfert, à titre gratuit, de la propriété et de la gestion des grands équipements collectifs)[59].

Pour financer l'exercice de ses missions, la métropole bénéficie d'une fiscalité propre et de dotations accordées par l'État. Un mécanisme complexe de compensation est prévu entre la métropole et les collectivités touchées par les transferts de compétences.

• **Les pôles métropolitains**

Ils constituent un groupement de collectivités territoriales[60], une forme de coopération entre EPCI à fiscalité propre.

54. En particulier le maire de Lyon, Gérard Collomb.

55. Les métropoles de Paris et de Marseille sont subdivisées en territoires correspondant aux EPCI existant à la date du 1er janvier 2014.

56. Bordeaux, Grenoble-Alpes, Métropole européenne de Lille, Nantes, Rennes, Rouen-Normandie, Eurométropole de Strasbourg, Toulouse. S'y ajoute Nice-Côte d'Azur, qui existait déjà à la date de la loi de 2014.

57. C'est le cas de Montpellier-Méditerranée et, à titre exceptionnel, de Brest qui a bénéficié d'une exception, puisqu'elle n'atteint pas le seuil prévu par la loi.

58. Ces transferts priveraient largement, s'ils étaient consentis, le département de ses compétences.

59. Les compétences du Grand Paris sont un peu plus restreintes, en particulier en ce qui concerne la gestion des services d'intérêt collectif. Celles du Grand Lyon sont au contraire plus larges, puisqu'il hérite des compétences de l'ancien département du Rhône.

60. Comme l'est par exemple le syndicat mixte. Même s'ils ont le statut d'établissement public, ces groupements ne constituent pas des EPCI et ils ne disposent pas de fiscalité propre.

Le projet de pôle est élaboré par le préfet du département siège du pôle. La création est décidée par arrêté préfectoral après avis des conseils des régions et des départements dont les communes intéressées font partie. Elle vise à favoriser, sur la base du volontariat, la coopération entre territoires urbains dans les agglomérations de taille plus petite que celles accédant au statut de métropole. Le pôle métropolitain est un établissement public constitué par accord entre des EPCI à fiscalité propre, en vue d'entreprendre des actions d'intérêt métropolitain en matière de développement économique, écologique, éducatif, de promotion de l'innovation, d'aménagement de l'espace et de développement des infrastructures et des services de transport. Il peut être créé, sur le modèle des syndicats mixtes, dans les agglomérations hors Ile-de-France formant un ensemble de plus de 300 000 habitants, et où l'un des EPCI membres compte plus de 150 000 habitants[61].

La représentation des EPCI est proportionnelle à leur poids démographique ; cependant chacun d'entre eux doit disposer d'au moins un siège et aucun ne peut occuper plus de la moitié de ceux-ci. L'intérêt métropolitain des compétences transférées doit être constaté par délibérations concordantes des organes délibérants de chacun des EPCI membres.

En 2016, une quinzaine de pôles métropolitains existent ou sont en projet. Le premier créé a été celui du Sillon lorrain, unissant les agglomérations de Nancy, Metz, Thionville et Épinal. La réforme de la décentralisation en cours ne remet pas en cause cette forme de coopération.

2. Les fusions de communes : la réforme de 2010 et la commune nouvelle

Dans la plupart des pays européens, les changements économiques et sociaux (urbanisation, transformations de l'agriculture, politique de développement des équipements collectifs et des transports, etc.) ont entraîné une évolution en deux temps. À partir des années 1950 on a assisté, comme en France, au développement des structures de coopération entre les circonscriptions de base. Mais très vite, cette solution est apparue insuffisante pour répondre aux enjeux en cause et on est donc passé, dans la décennie suivante, à une réorganisation complète de la carte administrative par une **réduction** drastique du **nombre des communes**.

La France a fait complètement exception à cette tendance générale. Certes, le principe de la fusion de communes était prévu depuis la loi municipale de 1884 ; avec l'évolution de la société rurale traditionnelle vers une société plus urbanisée et axée sur la production et la consommation de services, des mesures incitatrices ont été mises en place, en particulier sur le plan financier, pour favoriser les fusions. Mais le mouvement, qui se heurtait à la répugnance des communes existantes, était resté extrêmement lent et le législateur, préoccupé par cette situation, a essayé de l'accélérer en votant la loi du 16 juillet 1971. Cette loi reposait sur deux idées force. La première s'inspirait des exemples étrangers : la recherche d'une certaine cohérence dans le mouvement de fusion par l'élaboration, département par département, d'un plan global pour sa réalisation. La seconde s'en écartait, en refusant le recours à des procédés autoritaires de fusion et en privilégiant l'incitation pour la réalisation du plan. Les projets globaux n'ont donc donné que des résultats mitigés (943 fusions entre 1972 et 2009 mais, dans le même temps, 180 « défusions », la diminution nette du nombre des communes s'élevant à 1 100 sur les 36 682 que comptait alors notre pays[62]) et la France garde sa spécificité en Europe, en restant un des rares pays où les formules de regroupement sont privilégiées par rapport aux fusions.

Les dispositions de la loi de 1971 intégrées dans le CGCT relevaient uniquement de la seconde idée. Elles réaffirmaient clairement que la fusion ne pouvait être que volontaire. Et elles visaient à rendre l'opération de fusion la moins douloureuse possible en l'entourant de multiples garanties et d'incitations fortes. Jugeant ce processus « peu efficace », les promoteurs de la réforme de 2010 ont sensiblement infléchi les dispositions sur les fusions de communes et prévu un nouveau dispositif présenté comme *« plus simple, plus souple et plus incitatif »* pour faciliter la création de **« communes nouvelles »** soumises, dans le cadre général des règles applicables aux communes, à des dispositions particulières.

Pourtant les effets de cette loi sont restés faibles : seules 25 communes nouvelles ont vu le jour entre 2013 et 2015. Une nouvelle loi a donc été adoptée le 16 mars 2015 pour *« améliorer le régime de la commune nouvelle »* (art. L. 2113-1 et suivants du CGCL). Les effets de cette loi sont plus nets. On comptait, au 1er janvier 2016, 317 communes nouvelles issues de la fusion de 1 090 communes et regroupant 1 108 761 habitants[63].

a) L'atténuation du principe du volontariat

La fusion supposait jusqu'ici une initiative des conseils municipaux de communes limitrophes. La loi de 2010 conserve cette hypothèse de souhait unanime des conseils intéressés. Mais elle y ajoute trois possibilités nouvelles destinées à faciliter la transformation d'EPCI existants en communes nouvelles[64] : la fusion peut être demandée soit par une majorité des conseils des communes membres d'un EPCI à fiscalité propre, soit par l'organe délibérant d'un EPCI sollicitant la création d'une commune nouvelle en lieu et place de toutes ses communes, soit par le préfet. Dans ces trois cas, la fusion suppose l'accord des deux tiers

61. Seuil ramené à 50 000 si l'EPCI atteignant cette dimension est limitrophe d'un État étranger.

62. En 2010, pour près de 63 millions d'habitants. À titre de comparaison, pour une population proche (58,8 millions d'habitants), l'Italie compte un peu plus de 8 000 communes, le même chiffre que l'Espagne (pour 43,8 millions d'habitants). L'Allemagne a un peu plus de 13 100 communes pour 82,4 millions d'habitants.

63. Le phénomène est cependant localisé. Un grand nombre des créations ont en lieu en Normandie, où l'on trouve la commune la plus peuplée (Cherbourg, 83 785 habitants) et celle qui regroupe le plus grand nombre d'anciennes communes (Livarot, 22 communes), et en Maine-et-Loire. En revanche, plus d'un tiers des départements n'ont connu aucune création de commune nouvelle.

64. Ce qu'un rapporteur parlementaire a qualifié de *« transformation de l'intérêt communautaire en intérêt communal »*.

au moins des conseils municipaux représentant plus des deux tiers de la population. Si les communes concernées ne sont pas situées dans le même département ou dans la même région, la création exige une modification préalable des limites départementales ou régionales.

La loi de 1971 avait introduit une grande nouveauté en prévoyant, d'une part, la possibilité de recourir à un **référendum communal** pour décider la fusion, d'autre part, et surtout, le principe selon lequel ce référendum aurait une **portée décisionnelle**[65]. La loi de 2010 réserve le référendum aux seules hypothèses où la demande ou l'accord des conseils municipaux n'a pas été unanime. La création de la commune nouvelle, qui résulte d'un arrêté préfectoral, n'est possible que si la participation au scrutin est supérieure à la moitié des électeurs inscrits et si le projet recueille, dans chaque commune, l'accord d'une majorité des suffrages exprimés correspondant au moins au quart des électeurs inscrits.

La création d'une commune nouvelle regroupant des membres d'un même EPCI entraîne automatiquement la dissolution de celui-ci. La loi comporte des dispositions détaillées pour régler les cas où les communes relevaient d'EPCI distincts.

b) Les garanties et les incitations

Dans la loi de 1971, la première des garanties résidait dans le droit, pour les conseils municipaux intéressés, de **choisir entre deux formes de fusion** : la fusion simple et la fusion-association. La seconde formule laissait subsister certaines institutions au sein des communes associées : un maire délégué, une mairie annexe – garantissant la proximité de certains services aux usagers – et, dans les grandes communes, un conseil consultatif élu à la même date que le conseil municipal. Avec la loi de 2010, le choix ne relève plus des anciennes communes. La loi pose le principe de la création de communes déléguées, mais elle autorise le conseil de la commune nouvelle à la refuser ; il peut aussi, à tout moment, décider la suppression des communes déléguées existantes. Enfin, c'est à lui qu'il revient de décider, à la majorité des deux tiers, la création de conseils des communes déléguées ; c'est aussi lui qui en nomme les membres, qu'il choisit en son sein. Seule la commune nouvelle a le statut de collectivité territoriale de plein exercice, ce qui lui permet de disposer d'une fiscalité propre et de bénéficier de la clause de compétence générale. La compétence des communes déléguées concerne pour l'essentiel la gestion de l'état civil et celle des équipements de proximité.

La loi de 2015 instaure un régime transitoire de gouvernance, en autorisant tous les membres des anciens conseils municipaux à siéger dans le nouveau conseil jusqu'au renouvellement général des équipes municipales, en 2020. Après celui-ci, la composition du conseil municipal est fixée par application des règles de droit commun concernant les communes.

La seconde garantie résidait dans la possibilité pour les communes fusionnées de retrouver leur **indépendance**. Celle-ci, qui n'avait pas été prévue par la loi de 1971, a cependant été admise par le Conseil d'État : elle peut se réaliser en recourant aux procédures de modification des limites territoriales des communes, prévues par le Code général des collectivités territoriales. Elle a été utilisée dans 180 cas entre 1972 et 2009. La loi de 2010 ne prévoit expressément une procédure de « retour à l'autonomie » que pour les communes fusionnées avant sa publication, et elle l'enserre dans des limites de temps très étroites.

Contrairement à la loi de 1971, celle de 2010 ne créait pas d'**incitations financières** particulières en faveur des fusions de communes : la loi de 2015 les rétablit temporairement, en prévoyant, pour toutes les communes créées avant le 1er janvier 2016, la garantie du maintien de la dotation de l'État pendant trois ans et, pour celles comprises entre 1 000 et 10 000 habitants, une majoration de 5 % de cette dotation pour la même durée.

c) Les regroupements de départements et de régions

La loi de 2010 modifiée prévoit enfin des procédures de fusion de départements ou de régions. À la demande de 10 % de leurs membres, les conseils de plusieurs départements d'une même région, formant un territoire d'un seul tenant, peuvent demander à être regroupés en un seul département. La fusion est prononcée par décret en Conseil d'État si le projet recueille, dans chacun des départements concernés, la majorité absolue des suffrages exprimés correspondant à un nombre de voix au moins égal au quart des électeurs inscrits.

La procédure de fusion des régions est rigoureusement parallèle. S'y ajoute simplement l'obligation de consulter pour avis les conseils des départements membres des régions concernées. Enfin, une région et les départements qui la composent peuvent, par délibérations concordantes de leurs assemblées respectives, demander à être fusionnées en une collectivité unique. La fusion est prononcée par une loi qui détermine l'organisation et les conditions d'administration de la nouvelle collectivité. Elle exige, dans chacun des départements concernés, un vote des électeurs à la majorité absolue des suffrages exprimés correspondant à un nombre de voix au moins égal au quart des électeurs inscrits[66]. Par ailleurs, les limites de régions peuvent être modifiées ; un département et deux régions contiguës peuvent demander, par délibération conjointe de leurs assemblées délibérantes, une modification des limites régionales visant à insérer le département dans le territoire d'une région qui lui est limitrophe. La modification se fait par décret en Conseil d'État et les conditions de majorité sont celles déjà mentionnées.

65. Le référendum pouvait être demandé soit par la moitié des conseils municipaux représentant les deux tiers de la population totale ou les deux tiers des conseils municipaux représentant la moitié de la population, soit par le préfet. L'accord pour la fusion exigeait la réunion de la majorité absolue des suffrages exprimés correspondant à un nombre de voix au moins égal au quart des électeurs inscrits dans l'ensemble des communes concernées. Si ces chiffres étaient atteints, la fusion était prononcée par arrêté préfectoral.

66. Un référendum sur cette question a été organisé en Alsace, le 7 avril 2013. Les électeurs ont refusé la fusion de la région et de ses deux départements.

Chapitre 3
L'administration spécialisée

Le procédé de la décentralisation par services consiste à octroyer la personnalité morale à un certain nombre de services publics en vue de les individualiser. Il peut s'agir indifféremment de services nationaux ou locaux, à qui l'on souhaite donner une large autonomie tant sur le plan financier que sur celui de la gestion administrative. Ils seront ainsi rattachés à une collectivité publique mais bénéficieront à son égard d'une certaine indépendance. Ce procédé est utilisé depuis longtemps pour la création des établissements publics, qui constituent l'un des modes classiques de gestion du service public. Dans sa conception traditionnelle, l'établissement public correspondait à une définition rigoureuse qui entraînait l'application d'un régime juridique précis. Cette cohérence s'est cependant affaiblie.

1. La définition de l'établissement public

L'établissement public est une **personne morale**. Ceci implique la possession d'un patrimoine propre ainsi que l'existence d'un budget et d'une comptabilité individualisés, donc de l'**autonomie financière**. Cette personnalité est de droit public. Il en résulte que seule une personne publique peut constituer un établissement public. Les personnes privées qui poursuivent un but d'intérêt général (par exemple, certains organismes de bienfaisance) ne peuvent constituer que des établissements d'utilité publique.

La distinction entre les deux catégories avait déjà été faite en 1856 par la Cour de cassation à propos des caisses d'épargne. Mais, même ancienne, elle n'est pas toujours facile à opérer. Le critère déterminant de la distinction est constitué par l'intention du texte qui a créé l'établissement. Lorsqu'il l'a exprimée nettement, ce qui est heureusement le cas le plus fréquent, la réponse est évidente. Parfois, cependant, cette intention n'apparaît pas clairement. Le juge a alors recours à ce qu'il appelle la théorie du faisceau d'indices, en combinant divers critères (initiative de la création, but poursuivi, existence ou non de prérogatives de puissance publique, conditions d'organisation, statut du personnel, origine des ressources, règles de comptabilité, contrôle exercé par l'État…) pour rechercher, selon le mot d'un commissaire du gouvernement, la « densité respective » des règles de droit public et de droit privé appliquées à l'établissement. Aucun de ces critères n'est suffisant : c'est leur réunion qui emporte la décision. Cette technique a bien sûr deux inconvénients : d'une part, l'incertitude qui règne sur le statut de l'établissement tant que le juge ne s'est pas prononcé et, d'autre part, le risque que les tribunaux administratifs et judiciaires aient des interprétations divergentes à propos du même type d'organisme.

On disait autrefois que l'établissement public était un service public personnalisé, que c'était une personne publique gérant un service public. Ce n'est plus tout à fait vrai, et on notera la dissociation croissante entre la notion d'établissement public et celle de service public. Chacune des deux notions déborde l'autre. Il y a en effet des établissements publics qui ne gèrent pas de service public : par exemple, les associations syndicales de propriétaires qui n'agissent que dans l'intérêt, certes collectif mais privé, de leurs membres ; ou certaines entreprises publiques dont l'activité est celle d'un commerçant ou d'un industriel ordinaire. Et des services publics dont la gestion est confiée à des personnes morales privées ne se sont pas vu reconnaître la qualité d'établissement public, comme les ordres professionnels. Enfin, on a vu apparaître depuis vingt ans de nouvelles catégories de personnes publiques gérant des services publics. C'est le cas du groupement d'intérêt public (GIP), association de personnes publiques et éventuellement privées, chargée d'exercer une activité de service public.

L'exemple des fédérations de sociétés de chasse : l'arrêt du Conseil d'État du 4 avril 1962, *Chevassier*

Cet exemple illustre parfaitement le caractère ténu de la distinction entre établissement public (EP) ou d'utilité publique (EUP), ainsi que les préoccupations d'opportunité qui peuvent prévaloir dans la position du juge. Les fédérations, créées par une loi, sont chargées de réprimer le braconnage et de constituer des réserves de chasse pour faciliter la protection et la reproduction du gibier. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Braibant soulignait le caractère « impressionnant » des indices en faveur du caractère public de ces fédérations : l'existence de missions de service public ; la nature des prérogatives dont elles disposent (monopole, exercice de pouvoirs de police, etc.) et l'importance des sujétions auxquelles elles sont soumises (statuts types, nomination et révocation de leurs présidents par le ministre, contrôle étroit du ministère sur leur activité et leurs finances…) ; l'alimentation de leur budget par des ressources fiscales. Et pourtant, il concluait, comme le fera le Conseil d'État dans son arrêt, au caractère privé des fédérations de chasse : pour éviter d'alourdir leur gestion, d'appliquer à leurs agents le statut de fonctionnaire, de les soumettre aux règles de la comptabilité publique et du Code des marchés publics ; et, surtout, pour ne pas séparer le statut des fédérations de chasse de celui des fédérations de sociétés de pêche qui, elles, ont expressément été qualifiées d'EUP par la loi qui les a créées.

2. Le régime juridique de l'établissement public

La complexité de la notion d'établissement public retentit sur le régime juridique applicable à ces établissements : les règles gouvernant leur création et leur mode de fonctionnement sont placées sous le signe de la diversité.

1. Les règles de création

Elles résultent de l'article 34 de la Constitution qui réserve à la **loi** la création des catégories d'établissements publics. Lorsqu'un établissement public constitue à lui seul une catégorie particulière, il doit donc être créé par la loi ; lorsqu'il entre dans une catégorie déjà existante, un **décret** suffit. Le Conseil constitutionnel a dû, pour fixer la frontière, définir la notion de catégorie d'établissements publics et il le fait à partir de deux éléments.

1) Il prend d'abord en compte le **rattachement territorial** de l'établissement public. La plupart d'entre eux sont rattachés à une collectivité territoriale, et l'on distingue entre établissements publics nationaux et locaux, ces derniers pouvant être régionaux, départementaux ou communaux. Cette notion de rattachement est en partie obscure. En principe, elle devrait signifier que l'activité de l'établissement public entre dans les attributions de la collectivité de rattachement ; mais il existe des établissements publics locaux, comme les collèges (départementaux) ou les lycées (régionaux) qui assurent un service dépendant de l'État (l'enseignement). Elle pourrait signifier que l'établissement a été créé par la collectivité de rattachement. Or, pour reprendre le même exemple, lycées et collèges sont créés par une autorité de l'État (le préfet). Elle pourrait enfin impliquer que le contrôle exercé sur l'établissement le soit par la collectivité de rattachement ; mais les lycées et collèges sont en grande partie soumis à un contrôle administratif et financier de services de l'État, les rectorats. En l'espèce, le rattachement aux collectivités territoriales implique simplement l'obligation pour celles-ci de pourvoir aux dépenses d'investissement et de fonctionnement des établissements concernés.

2) Il s'attache ensuite à l'**objet** de l'établissement public en rangeant dans la même catégorie tous les établissements qui ont une spécialité analogue.

– Les établissements publics sont ainsi soumis au **principe de spécialité**. Même si celui-ci est applicable à toutes les personnes publiques autres que l'État, il est interprété de façon plus stricte pour les établissements publics. Ceux-ci ne disposent en effet que de **compétences d'attribution**, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent faire que ce qui leur est expressément autorisé, alors que les collectivités territoriales ont des compétences de droit commun : elles peuvent faire tout ce qui ne leur est pas expressément interdit. L'objet d'une caisse des écoles[67] est ainsi de faciliter la fréquentation des écoles publiques ; elle ne peut l'étendre à l'enseignement privé. À l'inverse, le principe de spécialité constitue aussi une protection pour l'établissement public : le Conseil d'État a rappelé, par exemple, qu'après avoir créé un bureau de bienfaisance (ces bureaux sont devenus depuis les centres communaux d'action sociale), une commune ne peut le concurrencer en distribuant elle-même des secours.

– La spécialité est cependant définie de façon **de plus en plus large** : on a vu, par exemple, que les établissements publics de regroupement communal, telles les communautés urbaines, disposaient d'un nombre très important d'attributions. Et les établissements industriels et commerciaux ne peuvent certes avoir d'activités sans rapport avec leur objet. Mais ils peuvent développer des *activités annexes* dès lors que celles-ci améliorent et facilitent la gestion de leur objet principal (par exemple, la gestion d'hôtels pour une entreprise de transports).

– Complétant la Constitution, le Conseil constitutionnel a précisé quelques points supplémentaires concernant le partage entre compétence législative et compétence réglementaire en matière d'établissements publics. La **loi** est seule compétente pour **fixer les règles constitutives** régissant chaque catégorie. C'est elle qui doit définir le cadre de la mission impartie à la catégorie concernée, les règles gouvernant ses relations avec la collectivité de rattachement, les dispositions dérogatoires qui distinguent la catégorie par rapport aux autres, les groupes de personnes à représenter dans les conseils d'administration et les proportions à respecter entre eux. Tout le reste relève du règlement : le nombre et le mode de désignation des membres du conseil, etc.

La définition des catégories d'établissements publics : des exemples opposés

L'ANPE (établissement public aujourd'hui remplacé par Pôle emploi) ne constituait pas à elle seule une catégorie d'établissement public, puisqu'elle avait la même spécialité (les questions d'emploi) que d'autres établissements, tel l'Office national d'immigration. En revanche, en 1964, la Radiodiffusion-Télévision française, établissement public industriel et commercial (elle a aujourd'hui éclaté en plusieurs entités aux statuts très divers), ne pouvait être créée que par une loi dans la mesure où n'existait aucun autre établissement public de l'État ayant pour objet l'information et la diffusion de la pensée. Elle constituait donc une catégorie à elle seule.

2. Les règles d'organisation et de fonctionnement

La diversité des établissements publics a fait éclater la cohérence de leur régime : d'un établissement à l'autre, on peut relever des **différences considérables** de situation. Certains ont gardé un statut exclusif de droit public ; d'autres sont soumis à des règles qui s'en écartent de façon très variable et qui vont de l'application majoritaire du droit public, corrigé par quelques dérogations empruntées au droit privé, à la situation inverse : un régime très

67. CE 22 mai 1906, *Caisse des écoles du 6e arrondissement de Paris*.

proche du droit privé, simplement atténué par le rappel de quelques règles administratives.

La distinction essentielle sépare les établissements publics à caractère administratif **(EPA)** et les établissements publics à caractère industriel et commercial **(EPIC)**. Pour les distinguer, la jurisprudence utilise trois critères qu'elle combine :
– *l'objet* du service : l'activité pourrait-elle être assurée par une personne privée ou est-elle de nature à relever uniquement de la puissance publique ?
– *l'origine* des ressources : selon qu'elles proviennent de redevances payées par les usagers en rémunération de services rendus ou de sources publiques (subventions ou taxes revêtant un caractère obligatoire) ;
– *les modalités d'organisation* et de fonctionnement : selon qu'elles sont semblables à celles d'une entreprise privée ordinaire ou qu'elles traduisent le recours à des procédés que seule la puissance publique peut utiliser.

Le principe est que lorsqu'ils sont à caractère administratif, les établissements publics se voient appliquer un régime de droit public, alors que c'est un régime majoritairement de droit privé qui régit l'établissement public à caractère industriel et commercial.

La difficulté vient cependant de ce que la dénomination officielle ne correspond pas toujours à l'activité réelle. Des décrets ont parfois qualifié d'EPIC un établissement dont l'activité a exclusivement un caractère administratif. En pareil cas, le juge rétablit la réalité en appliquant le droit public (voir encadré ci-dessous). Par ailleurs, il existe des établissements publics « à double visage » : ils sont pour partie chargés d'une mission de type administratif et, pour partie, de fonctions à caractère industriel et commercial. Le juge les soumet donc, selon l'activité concernée, tantôt au droit public, tantôt au droit privé.

Restent quand même des **règles communes** s'appliquant à tous les établissements publics. Ils ont tous la personnalité morale ; ils visent tous un objet d'intérêt général ; en tant que personnes publiques, ils sont tous soumis au moins à un minimum de règles de droit public s'agissant de leur organisation (création, dissolution, élaboration et modification de leurs statuts, interdiction de recourir à leur égard aux procédures d'exécution forcée, etc.). C'est surtout à propos de leur fonctionnement que des différences apparaissent. Enfin, ils sont tous soumis à la tutelle d'une autorité publique, même si les modalités de cette tutelle sont très variables selon les établissements.

Un exemple de dissociation entre la dénomination de l'établissement et la nature de l'activité : le Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles et l'arrêt du Tribunal des conflits du 24 juin 1968, *Société d'approvisionnements alimentaires*

Aujourd'hui disparu, le FORMA était un EP qualifié par le décret qui l'avait créé d'industriel et commercial. Une société qui n'avait pas respecté les prix fixés à l'occasion d'une opération d'exportation se vit infliger une amende et présenta un recours contre cette décision. Le Tribunal des conflits constata que le FORMA ne poursuivait aucune action propre : il se contentait de mettre en œuvre des objectifs qui lui avaient été assignés par l'État, et pour lesquels il n'utilisait aucun autre moyen que ceux que l'État mettait à sa disposition. Malgré sa qualification, le FORMA exerçait donc une action purement administrative et le contentieux généré par son activité relevait de la compétence du juge administratif.

Un exemple d'établissement public à double visage : l'Office national des forêts et l'arrêt du Tribunal des conflits du 9 juin 1986, *Commune de Kientzheim*

Un vol de bois ayant eu lieu dans une forêt communale, la société victime du vol intente une action en responsabilité contre l'Office national des forêts en accusant de négligence l'un de ses agents chargé de la surveillance. Le Tribunal des conflits constate que cet office exerce deux sortes d'attributions : des activités de gestion et d'équipement de la forêt, qui présentent un caractère industriel et commercial ; et des activités de protection, de conservation et de surveillance qui ont un caractère administratif. La négligence ayant été commise à l'occasion de cette seconde catégorie d'activités, c'est au *juge administratif* qu'il est revenu de juger l'action en responsabilité.

Titre 2
L'action administrative

Chapitre 1 Les actes administratifs

Chapitre 2 La police administrative

Chapitre 3 Les services publics

Chapitre 4 La fonction publique

L'administration réglemente, autorise, interdit, gère, achète, subventionne, construit… Son action est multiforme par les domaines dans lesquels elle intervient et les mesures auxquelles elle donne lieu. Deux de ces domaines méritent toutefois une attention particulière, car ils incarnent l'essentiel des missions qui lui incombent : ce sont les activités de police administrative et le fonctionnement des services publics. Mais comme ils impliquent l'édiction d'un grand nombre d'actes juridiques – de même, d'ailleurs, que les autres secteurs d'intervention – on décrira au préalable le régime auquel ces actes sont soumis.

Chapitre 1
Les actes administratifs

L'administration prend différentes catégories d'actes qui sont soumis à un régime juridique particulier, dominé par le principe de légalité. Mais certains d'entre eux peuvent être particulièrement lourds de conséquences pour leurs destinataires et obéissent donc à des règles protectrices renforcées.

1. Les principales catégories d'actes administratifs

Le pouvoir de l'administration s'exprime par le droit de prendre **unilatéralement** des décisions modifiant l'ordonnancement juridique et s'imposant à la collectivité. Ces actes sont de nature et de contenu très divers : ils peuvent être pris pour l'exécution de lois ou en vertu d'un pouvoir réglementaire autonome, accorder des autorisations ou infliger des sanctions, s'appliquer à toute une catégorie de personnes ou seulement à un individu déterminé. Mais l'administration peut aussi, pour l'accomplissement des missions qui lui incombent, conclure des **contrats**. Certains de ces contrats ne se différencient guère de ceux que passent entre eux les particuliers (par exemple, un contrat d'acquisition de fournitures de bureau) et sont donc généralement placés sous le régime du *droit privé*. D'autres, en revanche, interviennent dans des domaines qui constituent l'essence même de l'activité administrative (par exemple, la concession de la gestion d'un service public) : ils relèvent en conséquence du *droit public*, et leur régime comporte pour l'administration des prérogatives qui n'appartiennent jamais aux particuliers.

1. Les actes unilatéraux

Ils se divisent en deux catégories : la première regroupe ceux qui ont une portée générale, c'est-à-dire les règlements ; la seconde est celle des décisions individuelles, qui ne concernent qu'une personne physique ou morale déterminée même si elles peuvent parfois avoir des conséquences sur la situation d'autres personnes (par exemple, l'interdiction de vente d'un périodique).

a) Les règlements

De même que les lois, les règlements sont applicables à l'ensemble de la collectivité, comme l'interdiction des stupéfiants, ou à une catégorie entière de personnes, comme le Code de la route. Les autorités ayant compétence pour édicter des règlements sont soit énumérées par la Constitution ou par des lois spéciales, soit investies d'au moins une partie de cette compétence par les règles générales qui gouvernent l'organisation administrative.

- **Le pouvoir réglementaire du Premier ministre**

La Constitution, on l'a dit (voir la partie « Droit constitutionnel », chapitres 3 et 4), attribue dans son article 21 le **pouvoir réglementaire général** au Premier ministre, mais *« sous réserve des dispositions de l'article 13 »* : cet article vise les décrets et ordonnances délibérés en conseil des ministres qui doivent être signés par le président de la République. Il en résulte que le pouvoir réglementaire, en ce cas, est partagé et qu'un décret ainsi édicté ne peut être abrogé ou modifié sous la seule signature du Premier ministre. En revanche, si le président de la République décidait d'apposer sa signature sur un décret du Premier ministre pris en application de l'article 21, cette signature apparaîtrait comme superfétatoire et ne serait donc pas requise pour l'abrogation ou la modification du texte. On rappellera également que tous les **décrets**, qu'ils soient pris sur le fondement de l'article 21 ou de l'article 13, doivent être **contresignés** par les ministres chargés de leur exécution.

- **Le pouvoir réglementaire des maires, des préfets et des autorités administratives indépendantes (AAI)**

Le **maire** a compétence pour prendre par arrêtés, sur le territoire de sa commune, les mesures générales nécessaires au maintien de l'ordre public et de la salubrité. Les **préfets** de département disposent également d'un pouvoir de police ; ils ont par ailleurs, en vertu de l'article 72 de la Constitution, *« la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois »*, ce qui leur confère des attributions importantes, notamment pour la mise en œuvre de la planification économique et de l'aménagement du territoire. Et plusieurs **AAI** ont été investies par leurs textes constitutifs d'un pouvoir réglementaire pour le secteur dont elles s'occupent : ainsi la CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés) régit-elle la constitution des fichiers informatisés et les conditions dans lesquelles les particuliers peuvent y avoir accès, tandis que le CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel) régule l'activité des stations publiques et privées de radiotélévision[1].

- **Le pouvoir réglementaire des ministres**

Les ministres bénéficient d'un pouvoir réglementaire étendu, qu'ils peuvent exercer en vertu de deux sources d'habilitation différentes. La première est la **délégation** de compétence qui leur est souvent accordée par des lois ou des décrets pour la mise en œuvre des dispositions qu'ils

1. La révision constitutionnelle du 17 mars 2003 a ajouté à cette liste les collectivités territoriales, en prévoyant qu'elles disposeront *« d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences »*, mais *« dans les conditions prévues par la loi »*.

édictent : ainsi, la loi du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur (dite « loi Savary ») donne-t-elle au ministre de l'Éducation nationale le pouvoir de réglementer les études conduisant à des diplômes nationaux, ainsi que les conditions d'obtention de ceux-ci.

La seconde habilitation résulte de leur qualité de **chef d'une administration** et n'a donc pas besoin d'être prévue par un texte particulier. Elle comprend la faculté d'organiser, généralement par arrêtés, les structures et le mode de fonctionnement de cette administration, mais aussi celle d'indiquer aux agents qui la composent de quelle manière ils devront comprendre et appliquer les textes dont il leur revient d'assurer la mise en œuvre. Ces textes sont fréquemment, en effet, rédigés de manière abstraite et doivent donc être transposés en directives opératoires : lorsqu'il est prévu, par exemple, qu'une aide ou une autorisation peut être accordée dans certains cas, les agents qui auront à traiter les demandes doivent être au clair sur les pièces justificatives à fournir et les délais à respecter.

Ces indications leur sont habituellement données par **circulaires**, catégorie de textes hybride : elles demeurent en principe internes aux administrations, mais ont des répercussions sur la situation des usagers ; elles doivent, également en principe, se borner à préciser le sens et les modalités pratiques d'application d'une règle de rang supérieur, mais certaines posent des conditions que celle-ci ne prévoyait pas. Dans ce dernier cas, le juge les qualifie de « réglementaires » et les annule lorsqu'il en est saisi, alors qu'il ne censure pas celles qu'il considère comme purement interprétatives ; mais il adopte une conception plutôt large des circulaires interprétatives, si bien que le pouvoir d'organisation des opérations qui appartient aux ministres n'a pas une portée exclusivement interne car il entraîne des effets au-delà de leur administration.

- **L'administration est tenue d'édicter des textes réglementaires**

Le pouvoir réglementaire, comme tous les pouvoirs dont dispose l'administration, est finalisé, en ce sens qu'il n'existe que dans l'**intérêt général** : autant qu'une prérogative, il constitue donc une mission dont l'administration ne peut se dispenser, et dans certaines hypothèses un devoir. Ainsi en est-il pour l'édiction des textes réglementaires nécessaires à la *mise en œuvre d'une loi ou d'un décret*. L'administration est tenue de les prendre dans un délai raisonnable afin que les dispositions prévues ne restent pas lettre morte, et sa responsabilité peut être engagée en cas d'inaction prolongée. Ce fut notamment le cas dans l'affaire *Dame veuve Renard*, jugée par le Conseil d'État le 27 novembre 1964 : les mesures d'application d'un décret prévoyant l'octroi de pensions n'avaient pas été prises, si bien que depuis des années les intéressés ne percevaient pas les sommes dont ils auraient dû bénéficier ; l'administration fut donc condamnée à leur verser des indemnités compensatrices.

Toutefois, le nombre de lois votées par le Parlement qui restent sans effet faute de textes d'application ne cesse de croître. Un rapport sénatorial soulignait ainsi, en janvier 2011, que sur les trente-cinq lois adoptées en 2009-2010 qui exigeaient des textes d'application, seules trois en avaient reçu la totalité ; 19 n'en avaient eu qu'une partie et 13 n'ont été suivies d'aucun règlement. Cela s'explique par le changement de sens de la loi, qui devient souvent une forme de communication avec l'opinion, notamment dans le domaine sécuritaire (phénomène qu'on a dénommé « loi spectacle »).

L'exercice du pouvoir réglementaire est pareillement obligatoire en matière de **police administrative** lorsque la sécurité ou la salubrité publiques l'exigent, par exemple s'il faut mettre en place des dispositifs de surveillance des baignades ou faire supprimer des dépôts d'ordures « sauvages ». Pendant longtemps, le juge a estimé que la responsabilité de l'administration ne pouvait être engagée que si son inaction avait constitué une faute lourde, mais il est revenu sur cette position en admettant qu'une faute simple est suffisante[2].

b) Les décisions individuelles

Ce sont celles qui concrétisent les règles générales par leur application à des **cas particuliers**. Le mot « *individuelles* », toutefois, ne doit pas être pris à la lettre, car il englobe aussi des décisions qui concernent plusieurs personnes, comme un tableau d'avancement ou la liste des candidats reçus à un concours : elles ont un caractère collectif, mais sont néanmoins rangées dans la catégorie des décisions individuelles car les personnes en cause sont nommément désignées. À l'inverse, d'ailleurs, un arrêté ministériel déterminant les compétences du chef d'une division est considéré comme réglementaire, car il vise non seulement le titulaire du poste mais aussi ses successeurs. Et il existe des décisions que le juge considère comme n'étant ni réglementaires, ni individuelles, par exemple un décret prononçant la dissolution d'un conseil municipal, ou bien la décision de classement d'un site. Ces incertitudes nuisent à la clarté du droit, et peuvent avoir des conséquences concrètes dommageables, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer le juge compétent pour connaître d'un recours[3].

2. Les contrats

Parallèlement aux actes unilatéraux, l'administration passe des contrats, et avec le développement des missions qui lui incombent, ces contrats se font de plus en plus nombreux : les services publics nationaux et les collectivités locales constituent aujourd'hui une grande part de la clientèle des entreprises privées. Il existe des domaines dans lesquels le recours au contrat est impossible, par exemple le recrutement de fonctionnaires, mais ils peuvent cependant intervenir dans des secteurs et pour des objets très divers. On en distingue deux catégories : les *contrats administratifs*, soumis au droit public, et les *contrats de droit privé* ; mais, de même que pour les actes réglementaires ou individuels, les frontières sont parfois imprécises alors que les régimes juridiques sont très différents.

2. Sur cette distinction, voir p. 152.

3. On verra par exemple, dans le chapitre consacré au contrôle contentieux, que les actes individuels des ministres relèvent des tribunaux administratifs, mais que le Conseil d'État est compétent en premier ressort pour ce qui concerne leurs actes réglementaires.

a) Les critères du contrat administratif

Il n'y a pas de difficulté pour qualifier un contrat lorsque cette qualification résulte de la **loi** : ainsi les marchés de travaux publics et les conventions comportant une occupation du domaine public sont-ils toujours des contrats administratifs. Dans les autres cas, la nature du contrat est déterminée par le **juge** ; les grandes lignes de la classification sont les suivantes : ont en principe le caractère administratif les contrats qui sont *conclus entre deux personnes publiques* ; il en va pareillement de ceux qui ont pour objet *l'exécution même d'un service public* ou qui comportent des *clauses exorbitantes* du droit commun.

- **Le premier critère résulte de la qualité des cocontractants**

C'est sans doute le moins ferme, car il comporte deux exceptions relativement importantes. La règle dégagée par le Tribunal des conflits[4] est en effet qu'un contrat conclu entre **deux personnes publiques** *« revêt en principe un caractère administratif »*, mais pas lorsqu'il *« ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé »* : c'est le cas, par exemple, lorsqu'un ministre ou un maire conclut avec EDF un contrat de fourniture d'électricité. À l'inverse, si deux personnes privées ne peuvent passer ensemble que des contrats de droit privé, il en va différemment lorsque l'une d'entre elles peut être considérée comme agissant, même indirectement, « pour le compte » d'une personne publique.

- **Le deuxième critère s'attache à l'objet du contrat**

Il repose sur la notion de **service public** : un contrat passé entre une personne publique et un particulier est administratif s'il vise l'exécution du service. C'est ainsi que les époux Bertin, qui avaient accepté verbalement en 1944 d'assurer le ravitaillement de réfugiés russes hébergés dans un camp de regroupement, ont conclu sans le savoir un contrat administratif parce qu'on leur avait confié *« l'exécution même du service public alors chargé d'assurer le rapatriement des réfugiés de nationalité étrangère se trouvant sur le territoire français »*[5]. La même solution s'applique aux agents non titulaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif : leur contrat de recrutement est administratif et ils relèvent ensuite du droit public, quel que soit leur emploi.

- **Le troisième critère tient aux clauses du contrat**

Si l'administration l'a conclu comme l'aurait fait un particulier, par exemple pour la fourniture de marchandises, le contrat sera réputé de droit privé ; si, au contraire, elle y a inséré des **clauses exorbitantes** du droit commun (c'est-à-dire des prérogatives qu'elle se réserve et qu'on ne trouverait pas dans une convention passée entre des particuliers), le contrat est administratif.

Un exemple de contrat réputé de droit privé : l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (Conseil d'État, 31 juillet 1912)

La ville de Lille avait conclu avec cette société un marché de fourniture de pavés et lui imposa une pénalité en raison de retards constatés dans la livraison. La société intenta un recours pour obtenir le remboursement de cette pénalité, mais le Conseil d'État se déclara incompétent, car *« le marché […] avait pour objectif unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers »*. Cette solution, en raison de la liaison qui existe entre la compétence du juge administratif et l'application du droit public, équivalait à admettre que le marché constituait un contrat de *droit privé*.

Un exemple de contrat réputé administratif : l'arrêt *Société du vélodrome du Parc des Princes* (Tribunal des conflits, 16 janvier 1967)

La Ville de Paris avait loué l'édifice à la société pour y organiser des spectacles, mais s'était réservé le droit de s'opposer à des représentations non expressément prévues dans la convention, de contrôler les résultats financiers de l'exploitation, et de résilier unilatéralement le contrat après une simple mise en demeure. Eu égard à l'existence de ces prérogatives, le Tribunal des conflits considéra qu'il s'agissait d'un contrat *administratif* et que les litiges le concernant relevaient donc de la juridiction administrative.

b) Le régime juridique des contrats

Il comporte pour l'administration des prérogatives, mais aussi des sujétions.

- **Les sujétions**

Il existe d'abord des règles de **compétence** d'application stricte : les autorités habilitées à engager l'État ou les collectivités locales sont limitativement énumérées par les textes (ce sont le ministre ou le préfet dans le premier cas[6], le maire pour la commune, le président de l'assemblée délibérante pour le département ou la région), et une autorisation préalable est parfois requise (par exemple celle du conseil municipal, s'agissant de la commune). Par ailleurs, des règles de **procédure** pareillement strictes encadrent le choix du cocontractant, dans le double but de prévenir le favoritisme et de ménager les deniers publics : pour les contrats dépassant un certain montant, la mise en concurrence, la publicité des opérations et l'octroi de la priorité au « mieux-disant » sont obligatoires.

Le Code des marchés publics prévoit différentes **procédures de passation** des marchés publics (ordonnance du 23 juillet 2015). Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens publiés au JO, ce sont :

4. Dans l'arrêt *UAP* rendu le 21 mars 1983.

5. Conseil d'État, 20 avril 1956, *Époux Bertin*. Ces derniers avaient saisi le juge parce que l'administration leur imposait de servir un supplément de nourriture, mais sans contrepartie financière.

6. Des délégations de signature au profit des personnels de leurs services sont cependant possibles.

– la « procédure d'appel d'offres », ouvert ou restreint, par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse ;
– la « procédure concurrentielle avec négociation » ;
– la « procédure négociée avec mise en concurrence préalable » ;
– la « procédure de dialogue compétitif » dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer

D'autres procédures adaptées sont prévues lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens publiés au *JO*.

• **Les prérogatives de l'administration à l'égard de son cocontractant**

Elles ne sont pas moins importantes que les sujétions auxquelles l'administration est soumise et s'expliquent pareillement par le fait qu'elle est en charge de l'intérêt général. Elle peut ainsi exercer un **contrôle** sur l'activité du cocontractant, notamment s'il s'agit d'un marché de travaux publics, et lui donner des « ordres de service » assortis éventuellement de sanctions pécuniaires en cas d'inexécution[7]. Elle bénéficie également du pouvoir de **résilier unilatéralement** le contrat, soit pour faute commise dans son exécution, soit lorsqu'elle estime qu'il ne correspond plus aux besoins du service (le cocontractant, dans cette hypothèse, a le droit d'être indemnisé). Enfin, elle peut **imposer une modification** des clauses du contrat si les circonstances ont changé depuis la date de sa conclusion : le juge lui a notamment reconnu le droit d'obliger le concessionnaire d'un service d'éclairage public à substituer l'électricité au gaz[8], et de contraindre la compagnie de tramways chargée d'un service de transports collectifs à mettre en service un plus grand nombre de rames[9]. Dans ces hypothèses, l'administration doit indemniser le cocontractant pour le surcroît de charges qu'elle lui impose ; mais s'il refuse de continuer à exécuter le contrat dans les nouvelles conditions, elle pourra le résilier et le confier à une autre entreprise.

L'équilibre entre les deux parties n'est toutefois pas entièrement rompu. En vertu de la jurisprudence dite de « l'imprévision », s'il advient que des faits que l'on ne pouvait pressentir lors de la conclusion du contrat bouleversent l'économie générale de ses clauses au détriment du cocontractant, celui-ci est en droit d'obtenir de l'administration qu'elle couvre le déficit. Le Conseil d'État appliqua notamment ce principe en 1916 à une entreprise qui assurait l'éclairage public : le prix du charbon avait en effet triplé en un an par suite de la guerre[10].

7. Le bien-fondé de ces sanctions est toutefois contrôlé, sur recours, par le juge administratif qui peut condamner l'administration à des dommages-intérêts s'il estime qu'elle n'était pas en droit de les prononcer.

8. Conseil d'État, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*.

9. Conseil d'État, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*. Les dates auxquelles ont été rendus ces deux arrêts montrent que la solution est acquise depuis très longtemps.

10. Arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, rendu le 30 mars 1916.

2. Les règles applicables aux actes administratifs

Quelle que soit la nature des actes que l'administration est amenée à prendre, le régime juridique auquel ils sont soumis comporte d'importantes caractéristiques communes : chacun de ces actes doit respecter les normes de niveau supérieur mais aussi des règles de procédure et de fond qui tendent à protéger l'intérêt public ou, plus souvent, les droits des citoyens.

1. La hiérarchie des normes

La notion même de droit implique qu'une règle ne puisse être contredite par un acte de rang moins élevé : s'il en allait autrement, la Constitution, par exemple, pourrait être enfreinte par une loi – d'où l'institution du contrôle de constitutionnalité – et une règle générale pourrait n'être pas appliquée à certains cas particuliers, ce qui porterait atteinte à l'égalité des citoyens. Pendant longtemps, le respect obligatoire de la hiérarchie des normes a été dénommé **principe de légalité**, car c'est à la loi seule que l'administration devait conformer son action. Mais cette appellation n'est plus tout à fait exacte, car d'autres normes de référence sont progressivement apparues : la Constitution, en particulier son Préambule ; un corps de règles que l'on pourrait qualifier de déontologiques, dégagées par le Conseil d'État et dénommées principes généraux du droit ; enfin, plus récemment, les conventions internationales que la France a ratifiées. Les sources de la « légalité » se sont donc multipliées ; mais la signification du principe et la manière dont le juge en fait assurer le respect demeurent inchangées.

Les principales normes qui s'imposent à l'administration sont au nombre de quatre.

a) La Constitution

Les actes administratifs doivent respecter les règles contenues dans les différents articles du texte constitutionnel et du bloc de constitutionnalité : est ainsi irrégulier un décret empiétant sur le domaine réservé à la loi, ou auquel manque le contreseing de l'un des ministres chargés de son exécution. Mais ils doivent également se conformer aux principes posés dans le **Préambule** de 1958, qui lui-même renvoie à ceux qu'avait proclamés la Déclaration de 1789, *« confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 »*. Certains de ces principes énoncent des objectifs plutôt que des règles précises, tel celui qui dispose que *« chacun a le droit d'obtenir un emploi »*, dont on ne saurait inférer, par exemple, qu'il oblige l'administration à déclarer admis tous les candidats qui se présentent à un concours. Mais l'article 6 de la Déclaration de 1789 pose, dans un domaine voisin, un autre principe qui a une portée plus concrète : *« Tous les citoyens […] sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leurs capacités et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »* Le Conseil d'État en a déduit deux conséquences : d'une part, l'administration ne peut refuser aux femmes d'accéder à un emploi de la fonction publique que dans les cas où les « exigences spéciales du service » paraissent l'imposer ; d'autre part,

elle ne peut pas non plus interdire à des candidats de se présenter au concours d'entrée à l'ENA sur le seul fondement de leurs opinions : cette dernière règle, posée en 1954 dans le célèbre arrêt *Barel*, est d'autant plus remarquable qu'elle a été formulée à propos de candidats communistes au temps de la guerre froide.

Une autre application du Préambule doit être mentionnée, car elle marque la césure entre la jurisprudence antérieure à 1946 et celle qui a suivi l'entrée en vigueur de la Constitution de la IVe République : elle concerne le droit de grève dans la fonction publique. Avant 1946, les fonctionnaires ne bénéficiaient pas de ce droit, car la législation en vigueur n'en faisait pas mention[11] ; mais l'arrêt *Dehaene*, rendu en 1950 alors qu'aucune loi n'était intervenue à ce sujet, se réfère expressément au Préambule pour décider que la grève doit être considérée comme licite sous les seules réserves qu'implique la nécessité d'assurer la continuité du service public.

b) Les principes généraux du droit

Ces principes, dégagés par le Conseil d'État, se confondent parfois avec ceux qu'énonce le Préambule, car les arrêts se réfèrent régulièrement aux « *principes généraux du droit résultant notamment du Préambule de la Constitution* ». Leur liste est toutefois plus longue, car « notamment » ne signifie pas « exclusivement » et plusieurs principes généraux ont plutôt pour source la tradition démocratique et républicaine. On peut citer à cet égard les droits de la défense, qui doivent être respectés dans les procédures administratives, et le droit à une vie familiale normale, que l'administration ne peut refuser aux étrangers (voir encadré ci-dessous).

Deux applications des principes généraux du droit

– Le principe des **droits de la défense** : l'arrêt *Dame veuve Trompier-Gravier*, du 5 mai 1944

Cette dame, qui vendait des journaux dans un kiosque du boulevard Saint-Denis à Paris, se vit retirer par le préfet l'autorisation de le faire parce qu'elle était suspectée d'avoir extorqué des fonds à son gérant. La décision fut annulée, car l'intéressée n'avait pas été informée de ses raisons et se trouvait donc dans l'impossibilité de se défendre : « *Eu égard […] à la gravité de cette sanction, une telle mesure ne pouvait légalement intervenir sans que la dame veuve Trompier-Gravier eût été mise en mesure de discuter les griefs formulés contre elle.* »

– Le droit des étrangers à mener une **vie familiale normale** : l'arrêt *GISTI*, du 8 décembre 1978

Alors que le droit au séjour en France était reconnu de façon libérale aux familles des immigrés régulièrement installés, un décret de 1977 restreignit ce droit à celles qui ne demandaient pas d'accéder au marché de l'emploi. Le décret fut annulé en vertu du principe général du droit selon lequel « *les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; ce droit comporte, en particulier, la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs* ». Le gouvernement ne pouvait donc interdire par voie générale aux membres de ces familles d'occuper un emploi.

11. Sauf pour déclarer punissable « *tout concert de mesures contraires aux lois pratiqué par la réunion d'individus ou de corps dépositaires de quelque partie de l'autorité publique* » ; mais cette règle, inscrite dans le Code pénal, n'avait été appliquée qu'une seule fois.

c) Les conventions internationales

La Constitution de 1958, comme l'avait fait celle de 1946, dispose dans son article 55 que les traités ou accords régulièrement ratifiés « *ont une autorité supérieure à celle des lois* », et cet article prend une importance accrue dans le cadre de l'Union européenne. La France est partie à de **multiples traités**, intervenus dans des domaines aussi divers que l'extradition, le commerce, la protection des consommateurs ou celle des droits individuels, et on a déjà mentionné le rôle grandissant des traités et normes résultant de la **construction européenne**.

Il a été admis sans difficulté que les actes administratifs autonomes (c'est-à-dire non édictés pour l'application d'une loi) ne devaient pas contrevenir à des engagements internationaux : appelé par le gouvernement à donner un avis sur la possibilité d'interdire à des jeunes filles musulmanes le port d'un foulard dans les établissements d'enseignement, le Conseil d'État a visé, dans cet avis, pas moins de quatre engagements internationaux, dont la convention de l'ONU sur les droits de l'enfant (voir encadré page 141). Un problème se pose en revanche pour les actes pris en exécution d'une loi elle-même contraire à un traité : annuler de tels actes revient en effet, pour le juge, à contester la loi.

Jusqu'à 1989, il ne s'en est pas reconnu le pouvoir, et laissait donc prédominer sur les traités des lois postérieures à ceux-ci mais comportant des dispositions incompatibles avec les leurs. Il a abandonné cette position dans l'arrêt *Nicolo*, rendu le 20 octobre 1989 à propos du traité de Rome qui fondait la Communauté européenne : désormais, une **loi contraire à un traité** est considérée comme **irrégulière** et les règlements ou actes individuels pris pour son application seront donc annulés. Ce contrôle, dit « de conventionnalité », s'est ultérieurement étendu au droit dérivé du traité, c'est-à-dire aux règlements et directives (voir page 216). Il a été complété par le pouvoir que le Conseil d'État s'est reconnu à peu près au même moment d'interpréter lui-même les dispositions d'un traité : auparavant, lorsqu'elles ne lui paraissaient pas suffisamment claires, il demandait au ministre des Affaires étrangères d'en préciser le sens et la portée ; aujourd'hui, il se livre lui-même à cette analyse, comme il le fait pour toutes les autres normes constituant les sources de la légalité, et les engagements internationaux en font donc incontestablement partie.

Il convient de mentionner, parmi les engagements internationaux les plus importants, la **Convention européenne des droits de l'homme** et ses pactes additionnels : signée le 4 novembre 1950, elle lie quarante-sept États appartenant au Conseil de l'Europe[12] et son respect est placé sous la surveillance d'une Cour comportant des représentants de chacun de ces États[13]. Telle qu'elle est interprétée et appliquée par la Cour, la Convention exerce une influence

12. Créé en 1949 pour instaurer un lieu de concertation entre les pays européens de l'Ouest et de l'Est, le Conseil de l'Europe n'a pas de pouvoir exécutif, ce qui le cantonne dans un rôle d'études et de propositions. Son influence juridique, notamment au travers de la Convention, est néanmoins importante.

13. La Cour européenne des droits de l'Homme a rendu 823 arrêts en 2015. La moitié des arrêts rendus concernaient cinq pays : la Russie, la Turquie, l'Italie, l'Ukraine et la Hongrie.

incontestable sur les législations, réglementations et jurisprudences nationales : c'est ainsi que l'encadrement des écoutes téléphoniques a été renforcé, que la détention provisoire doit avoir une durée limitée, que le principe de liberté de réunion est désormais considéré comme impliquant pour les autorités administratives l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer le déroulement pacifique des manifestations, et que le principe du droit à l'instruction les contraint à organiser *« sous une forme ou une autre, la reconnaissance officielle des études accomplies »*.

d) Les lois

Les lois votées par le Parlement **s'imposent** évidemment à l'administration, de même que les **ordonnances** prises par le gouvernement en vertu de l'article 38 de la Constitution et qui ont acquis valeur législative[14]. Mais si le juge administratif peut censurer un acte administratif qui leur serait contraire, il n'a pas le pouvoir de considérer comme inapplicable une loi qui contreviendrait à la Constitution, et donc d'annuler pour ce motif les règlements pris pour son exécution (on dit habituellement que la loi « fait écran » entre la Constitution et les décisions administratives). Cette règle peut avoir des conséquences fâcheuses parce que les lois ne sont pas toutes soumises à l'examen du Conseil constitutionnel et que certaines d'entre elles contiennent des dispositions que le Conseil aurait écartées, s'il en avait été saisi. Le juge administratif s'efforce donc, en ce cas, d'interpréter l'intention du législateur de telle manière que les conséquences les plus nocives du texte puissent être évitées.

Cette méthode a été notamment employée dans l'arrêt *dame Lamotte*, rendu le 17 février 1950 : alors qu'une loi de 1943 avait expressément déclaré insusceptible de « tout recours administratif ou judiciaire » les décisions par lesquelles les préfets pouvaient concéder les parcelles de terrain abandonnées ou incultes depuis plus de deux ans (y compris, donc, lorsque leurs propriétaires avaient été déportés), le Conseil d'État estima que la loi *« n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir […], ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité »*. Cette interprétation audacieuse, qui fait de la loi ce qu'elle devrait constitutionnellement être plutôt que ce qu'elle est, a été également appliquée à propos du recours en cassation. Elle aboutit à mettre en échec la volonté du législateur, mais constitue un instrument efficace de contrôle des pouvoirs publics comme de protection des citoyens.

Il faut tenir compte, également, de la révision constitutionnelle de 2008 et de l'introduction de la QPC qui permet au Conseil d'État ou à la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel d'une loi dont dépend la solution d'un litige, lorsqu'elle porte atteinte aux droits ou aux libertés garantis par la Constitution (voir page 54).

e) Les autres sources

On ne doit pas oublier **deux séries** de normes auxquels les actes administratifs doivent se conformer. La première résulte du fait que la hiérarchie des normes suit celle des autorités habilitées à les édicter : le *décret* l'emportera donc sur *l'arrêté ministériel*, qui lui-même s'imposera aux *règlements* pris par des autorités déconcentrées comme les préfets ou les inspecteurs d'académie. Par ailleurs, les actes de portée générale ne peuvent être méconnus par des décisions individuelles, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant qu'elles ont un contenu plus favorable ou plus restrictif. L'administration ne pourra ainsi délivrer un permis de construire à un édifice dépassant la hauteur maximale imposée par les règlements d'urbanisme. Elle ne peut pas, à l'inverse, exclure du bénéfice d'une prestation une personne qui remplit les conditions requises pour l'obtenir ni, bien entendu, infliger à un fonctionnaire une sanction non prévue par les règles statutaires. Dans toutes ces hypothèses s'applique l'adage qui remonte au droit romain : *« Tu patere legem quam fecisti »* (« Respecte la règle que tu as toi-même édictée »).

La seconde source est constituée par la **jurisprudence**. Les décisions juridictionnelles s'imposent évidemment à l'administration, qui est tenue d'abroger ou de modifier les règlements déclarés illégaux, de ne pas reprendre une décision individuelle analogue à celle que le juge a annulée, et de réparer éventuellement les dommages que celle-ci a pu causer. Il lui faut également se conformer, dans l'ensemble de son action, à l'interprétation donnée par le juge d'un texte de portée générale, ainsi qu'aux principes généraux par lesquels il encadre les décisions qu'elle peut être amenée à prendre.

2. L'encadrement juridique des actes

Les règles applicables à l'édiction des actes administratifs, qu'elles émanent du législateur ou du juge, sont beaucoup plus nombreuses et détaillées aujourd'hui qu'elles ne l'étaient autrefois. Depuis les années 1970 s'est fait jour un double mouvement. D'une part le souci de protéger les particuliers, au-delà des traditionnels droits de la défense, s'est traduit par un renforcement des exigences imposées aux procédures administratives. D'autre part le souhait d'instaurer une plus grande transparence des processus de décision a entraîné l'obligation pour l'administration d'y associer dans maints domaines des représentants des personnes intéressées, et d'autoriser l'accès aux documents qu'elle détient. L'attention ainsi portée à la manière dont l'administration prend ses décisions et non plus seulement au contenu de celles-ci se retrouve aussi bien dans les règles de procédure qui s'appliquent à la généralité des actes que dans celles qui ont un objet plus spécifique, par exemple les opérations d'aménagement du territoire.

14. Ces ordonnances, qui interviennent dans des domaines relevant de la loi, sont prises sur le fondement d'une habilitation du Parlement. Elles entrent en vigueur dès leur publication, mais deviennent caduques si le gouvernement ne dépose pas un projet de loi de ratification avant une date limite fixée par la loi d'habilitation. Avant la révision de 2008, il n'était pas nécessaire que le Parlement ratifie expressément ces ordonnances : le simple dépôt du projet suffisait à leur donner valeur législative ; désormais, la ratification doit être expresse. Le nombre des ordonnances a longtemps tendu à s'accroître : sur les 323 ordonnances prises entre 1984 et 2007, plus des trois quarts l'ont été à partir de 2000. Le pic avait été atteint en 2005 (83). Les années suivantes ont marqué un certain recul ; le nombre d'ordonnances remonte à 37 en 2011 et il baisse à nouveau en 2013 (21).

Depuis le 1er janvier 2016, les relations entre le public et l'administration sont régies par un Code dont les dispositions ont été publiées au *Journal officiel* du 25 octobre 2015. Ce Code rassemble l'ensemble des règles qui avaient été édictées, au cours des dernières décennies, par diverses lois dont les plus importantes sont citées dans les paragraphes qui suivent (celles sur le droit à la communication des documents administratifs, à la motivation des actes individuels, au silence de l'administration valant acceptation ou au droit des administrés de saisir l'administration par voie électronique …). Le sommaire du Code retrace les différentes étapes du dialogue administratif : Livre I, « Les échanges du public avec l'administration » ; Livre II, « Les actes unilatéraux pris par l'administration » ; Livre III, « L'accès aux documents administratifs et la réutilisation des informations publiques », Livre IV, « Le règlement des différends avec l'administration », etc.

a) Les principes généraux de la procédure administrative

- **Les autorités compétentes**

Quelles que soient les décisions, il est d'abord évident qu'elles ne peuvent être prises que par les autorités habilitées à cet effet : tout empiétement de l'une d'elles sur un domaine échappant à ses attributions constitue une **incompétence**. Cette incompétence s'apprécie de trois manières différentes : par rapport à *l'objet* de l'acte (un directeur départemental de l'agriculture ne peut accorder à la place de l'inspecteur d'académie une dispense d'âge à un enfant pour son entrée à l'école) ; par rapport au *lieu* où il produira ses effets (le préfet des Hauts-de-Seine ne peut édicter un règlement de circulation applicable à Paris) ; et par rapport à la *date* à laquelle il est pris (lorsqu'un décret prévoit que des autorisations pourront être accordées pendant deux mois, il n'est plus possible d'en délivrer ultérieurement)[15].

- **Le processus d'élaboration des décisions**

Il obéit à de nombreuses **règles**, les unes destinées à assurer la qualité de ces décisions par l'obtention d'avis émanant d'organismes techniquement compétents ou de représentants des milieux concernés, les autres à rendre le processus plus contradictoire qu'unilatéral.

La première de ces préoccupations s'exprime par l'obligation fréquemment imposée à l'administration de solliciter un **avis préalable**. Cet avis peut être d'ordre *juridique*, comme celui que donne le Conseil d'État sur certains projets de décret ou sur les ordonnances prévues à l'article 38 de la Constitution. Il peut aussi avoir un caractère plus *technique*, par exemple lorsque l'Académie de médecine est consultée sur la délivrance d'un visa d'exploitation à des produits pharmaceutiques renfermant des substances vénéneuses. Ou bien il peut tendre à une *gestion concertée* avec les organisations représentatives, comme en matière de fonction publique, où de nombreuses décisions ne peuvent être prises qu'après avis des commissions administratives paritaires (CAP, voir page 131).

La nature et les conséquences de ces avis sont variables. Lorsqu'une loi exige un avis conforme – hypothèse assez peu fréquente – l'administration est tenue soit de le suivre, soit de renoncer à prendre la décision ; lorsqu'il est obligatoire, l'administration doit le demander, mais n'est pas contrainte de le faire sien ; s'il est simplement facultatif, elle peut s'en dispenser. Dans l'ensemble, cependant, les avis exercent une *influence certaine*, car l'administration a tout intérêt à ce que ses décisions paraissent à la fois mûrement réfléchies et dépourvues d'autocratisme. Et, en toute hypothèse, des obligations sont imposées pour que la consultation réponde effectivement au but recherché : particulièrement en ce qui concerne la composition de l'organisme qui sera saisi, le délai dans lequel le dossier doit lui être transmis, et le quorum requis pour l'obtention de l'avis[16].

- **Le caractère contradictoire de la procédure**

Il a été récemment renforcé, y compris en palliant les désagréments que les particuliers pourraient subir du fait de la complexité des circuits et mécanismes administratifs. Les principaux textes intervenus en ce domaine étaient le décret du 28 novembre 1983 et la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, qui en a étendu les dispositions aux collectivités territoriales[17] Des avancées incontestables en étaient résulté.

L'une d'elles est l'obligation désormais faite aux services de **réorienter** vers celui d'entre eux qui est compétent les dossiers qui leur ont été adressés par erreur, au lieu, comme auparavant, de les classer sans suite ou de les retourner sans indication précise (et parfois longtemps après) à leur expéditeur. Cette obligation est complétée par celle qui est faite au service compétent d'**accuser réception** des demandes en indiquant à leur auteur le délai dans lequel il lui sera ou non donné suite, ainsi que le nom de l'agent chargé d'instruire le dossier. En l'absence de cet accusé de réception, les délais de recours contentieux sont suspendus (voir page 147).

Par ailleurs, les **décisions défavorables** aux intéressés telles que les mesures de police, les retraits d'autorisation ou les sanctions administratives, ne peuvent légalement intervenir sans que les intéressés aient été au préalable mis à même de présenter leurs *observations*. Un délai suffisant doit leur être imparti à cette fin, et il est précisé qu'ils peuvent demander à être reçus par l'agent chargé du dossier en se faisant éventuellement assister par une personne de leur choix. Il y a dans cette dernière disposition un progrès notable pour ceux qui sont peu habitués au langage administratif ou éprouvent des difficultés à s'exprimer par

15. Ces trois formes d'incompétence sont connues sous leur dénomination latine (*ratione materiae*, *ratione loci* et *ratione temporis*). Il est clair, par ailleurs, qu'aucune autorité administrative ne peut prendre un acte, même dans son domaine d'attributions, si la compétence pour l'édicter relève d'une autorité de rang supérieur, excepté lorsque celle-ci lui a accordé une délégation expresse de compétence.

16. Une partie de ces règles ont résulté du décret du 28 novembre 1983 dont les dispositions avaient été reprises par la loi du 12 avril 2000, une autre partie résulte de la jurisprudence.

17. L'article 72 de la Constitution disposant que ces collectivités *« s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi »*, il avait paru impossible en 1983 de les soumettre aux règles édictées par le décret.

écrit. Et, de manière générale, l'approfondissement du caractère contradictoire de la procédure sert en même temps les intérêts des particuliers et la qualité des actes pris par l'administration : les premiers ne sont plus pris au dépourvu par une décision qui les dessert, la seconde gagne en information utile à la pertinence d'une telle décision et limite ainsi les risques d'annulation contentieuse.

- **Les décisions doivent être écrites, datées et signées de leur auteur**

On admet cependant aujourd'hui qu'un fax répond à ces conditions. Mais il arrive que l'administration saisie d'une demande garde le silence à son sujet : pour éviter l'incertitude qui résulte de ce silence, la loi du 17 juillet 1900 avait décidé qu'après l'expiration d'un délai de quatre mois, il serait transformé en décision implicite de rejet attaquable au contentieux, et la loi du 12 avril 2000 avait réduit ce délai à deux mois. Mais le principe a été inversé par une loi du 12 novembre 2013, aux termes de laquelle le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande *vaut acceptation* (voir page 146).

- **Les décisions individuelles défavorables doivent être motivées**

Cette règle importante avait été posée par la loi du 11 juillet 1979 : les décisions doivent indiquer les **raisons de droit et de fait** qui ont conduit leur auteur à les prendre. Elle facilite le contrôle du juge, qui peut plus aisément déceler les erreurs éventuellement commises ; elle contraint aussi l'administration à prendre des décisions véritablement adaptées aux circonstances ; et elle constitue une garantie précieuse pour les destinataires de ces décisions : substitut de la procédure contradictoire au temps où celle-ci n'avait pas encore été systématisée, elle en est aujourd'hui le complément, dans la mesure où elle leur permet de savoir si leurs observations en défense ont été prises en compte.

Initialement réservée aux cas dans lesquels les décisions sont prises à l'initiative de l'administration, l'obligation de motiver avait été étendue par la loi du 17 juillet 1986 aux **refus** d'autorisation, c'est-à-dire à des demandes présentées par les particuliers. Dans les deux cas, le juge administratif a précisé divers points : les décisions qui entrent dans les catégories définies par la loi ; les indications que doit comporter la motivation (les formules stéréotypées sont considérées comme insuffisantes : par exemple, l'extradition d'un étranger au motif qu'il constitue « *une menace pour l'ordre public* », sans que soit précisé en quoi consiste cette menace) ; enfin, le délai dans lequel il lui faut intervenir : si elle n'est pas incluse dans la décision, mais indiquée après coup dans le seul but de régulariser *a posteriori* la procédure, le juge la considèrera comme irrégulière.

Des **exceptions** sont cependant prévues à l'obligation de motiver. Les unes résultent de la volonté expresse du législateur, qui en a exclu les cas d'urgence et ceux dans lesquels l'indication des motifs porterait atteinte à un secret juridiquement protégé. Une autre tient à la nature des choses : les décisions implicites de rejet d'une demande, par définition, ne peuvent comporter d'indication des motifs. Les intéressés ont néanmoins le droit d'en solliciter la communication et, si celle-ci ne leur est pas accordée dans un délai d'un mois, ils peuvent demander au juge d'annuler la décision.

- **Les actes administratifs doivent être portés à la connaissance des intéressés**

Les actes réglementaires ayant une portée très générale sont, comme les lois, **publiés** au *Journal officiel.* Depuis la IIIe République, ils devenaient exécutoires un jour franc après cette publication, mais une ordonnance du 20 février 2004 avait admis qu'ils pourraient fixer eux-mêmes la date de leur entrée en vigueur ; à défaut, ils acquerraient force exécutoire au lendemain de leur publication (le *JO* est désormais publié sous format numérique). Les actes réglementaires dont le champ d'application est plus limité en raison de leur auteur ou de leur objet sont publiés dans des bulletins administratifs : c'est le cas des arrêtés ministériels ou municipaux[18].

Les décisions individuelles sont **notifiées personnellement** à leurs destinataires. Depuis le décret du 28 novembre 1983, la notification doit comporter, si la décision est défavorable, l'indication des voies de recours possibles et des délais dans lesquels ces recours doivent être formés ; en l'absence de ces indications, les délais sont suspendus.

b) L'obligation de transparence

L'administration a très longtemps vécu sous le signe – et la protection – du secret. En tant que dépositaire de l'intérêt collectif, on considérait qu'elle devait être à l'abri des pressions individuelles, et qu'elle n'avait pas de comptes à rendre aux citoyens sur la manière dont elle se déterminait. Excepté lorsqu'un texte exprès le prévoyait (par exemple, la loi du 22 avril 1905 sur la communication de leur dossier aux fonctionnaires avant la prise d'une sanction), personne d'autre que les organes de contrôle ne pouvait donc accéder aux documents qu'elle produisait ou détenait. La situation changea à la fin des années soixante-dix, sous l'influence de deux courants d'idées convergents : d'une part la prise de conscience des risques que le développement de l'informatique et l'interconnexion des fichiers pouvaient entraîner pour les libertés individuelles ; d'autre part le souci plus général de démocratiser la gestion publique en lui donnant un caractère plus transparent. Deux lois adoptées en 1978 répondirent à ces préoccupations.

- **La loi du 6 janvier 1978 « relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés »**

Cette loi a posé une série de règles applicables à la constitution et au contenu des *fichiers automatisés*, ainsi qu'au droit d'obtenir la *communication des données* qui y figurent. Elle a également créé un organe de surveillance : la Commission nationale de l'informatique et des libertés **(CNIL)**, première en date des autorités administratives indépendantes (voir page 77). Désormais, tous les traitements automatisés d'informations nominatives par des collectivités publiques ou une personne privée agissant pour leur compte doivent être décidés par la voie d'un acte réglementaire précisant

18. Certaines décisions réglementaires, comme celle d'ouvrir une enquête publique, peuvent être publiées dans la presse ou par voie d'affichage.

les informations qui seront enregistrées et pris après avis de la CNIL[19].

Dans le système originel, si cet avis était défavorable, le gouvernement ne pouvait passer outre que par décret pris sur avis conforme du Conseil d'État. Mais la loi du 6 août 2004, modifiant celle de 1978, avait apporté un changement notable pour ce qui concerne les traitements mis en œuvre pour le compte de l'État et concernant la sûreté nationale, la sécurité publique ou la recherche et la constatation des infractions pénales : ces traitements peuvent désormais être autorisés par un simple arrêté ministériel, auquel est seulement joint l'avis défavorable de la CNIL.

Les fichiers ne doivent contenir aucune **donnée nominative** faisant apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales d'une personne, ses opinions, ses mœurs ou ses appartenances syndicales. Et la loi de 2004 précisait, dans son article 10, qu'aucune décision administrative *« produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité »*.

En vue, notamment, de s'assurer que cette obligation est respectée, toute personne qui en fait la demande a le droit d'accéder aux informations la concernant, ainsi que celui d'obtenir la suppression ou la rectification des informations inexactes[20]. Si ce droit lui est refusé par le service détenteur du fichier, elle peut saisir la CNIL, qui procèdera à une enquête et enjoindra au service de se conformer à ses obligations (en 2015, la CNIL a reçu 7 908 plaintes, soit 2 000 de plus qu'en 2014 : les préoccupations du public concernant la protection de la *vie privée en ligne* constituent une des sources importantes de cette augmentation). La CNIL peut également, de sa propre initiative, entreprendre les vérifications qu'elle juge utiles, adresser des avertissements aux services, et dénoncer les infractions qu'elle constate au Parquet. Elle établit un rapport annuel qui est rendu public.

- **La loi du 17 juillet 1978 sur la liberté d'accès aux documents administratifs**

Cette loi organise l'accès aux documents administratifs de caractère **non nominatif**, ainsi qu'aux informations nominatives **non informatisées**. La première catégorie est minutieusement détaillée par le texte, qui vise entre autres les dossiers, rapports, notes, comptes rendus et statistiques, y compris lorsqu'ils *« revêtent la forme d'enregistrements sonores »* ou sont contenus dans des fichiers automatisés. Des exceptions sont cependant prévues dans deux cas : d'une part lorsque la communication porterait atteinte à des secrets juridiquement protégés, qu'il s'agisse des délibérations du gouvernement, de la sécurité publique, de la vie privée ou du secret industriel ou commercial ; d'autre part lorsque le document n'a pas un caractère « achevé », c'est-à-dire s'il est encore à l'état de projet[21].

De même que la loi du 6 janvier, cette loi s'applique à toutes les **collectivités publiques** et aux **personnes privées** agissant pour leur compte. Elle accorde également le droit d'accès à toutes les personnes qui en font la demande ; mais celles-ci n'ont pas la possibilité, s'agissant d'informations nominatives, de demander des suppressions ou des rectifications de données : elles peuvent seulement faire annexer des observations au document, qui ne pourra pas être utilisé ultérieurement en les omettant.

La loi du 17 juillet 1978 a créé, elle aussi, une autorité administrative indépendante chargée de veiller au respect de la liberté d'accès : la **CADA** (Commission d'accès aux documents administratifs). Cette commission peut être saisie par les personnes auxquelles une communication a été refusée, et son activité est importante : ses rapports révèlent en effet qu'elle reçoit plus de 5 000 demandes chaque année et qu'elle donne une interprétation libérale du droit d'accès puisqu'elle donne un avis favorable dans 45 % des cas. Ses avis favorables à la communication ne lient pas en droit l'administration, mais sont en fait presque toujours suivis ; si tel n'est pas le cas, les intéressés peuvent intenter un recours devant le juge administratif.

La coexistence de ces deux lois, intervenues en ordre dispersé, posait quelques problèmes aux personnes souhaitant obtenir la communication d'un document nominatif, car elles ne savaient pas toujours si ce document était ou non informatisé et s'il leur fallait donc saisir la CADA ou la CNIL en cas de difficulté. La loi du 12 avril 2000 avait amélioré la cohérence du dispositif en donnant compétence à la CADA pour connaître de ces demandes ; mais elle ne lui avait pas accordé le pouvoir d'ordonner, comme la CNIL peut le faire, la suppression des informations erronées ou dont la collecte est interdite ; sur ce point subsiste donc une différence qui peut jouer au profit de la saisine de la CNIL.

La loi du 7 octobre 2016 « pour une République numérique » opère un rapprochement important entre la CNIL et la CADA : le président de la CADA aura la possibilité de siéger au sein de la CNIL et vice-versa. De même, les deux institutions pourront se réunir dans un collège unique dans l'hypothèse de l'existence d'un sujet d'intérêt commun.

19. La CNIL a d'autres compétences importantes pour la protection de la vie privée. Elle a un rôle consultatif auprès du gouvernement et donne un avis sur tous les projets de dispositions législatives ou réglementaires susceptibles d'avoir une incidence en la matière ; en 2015, elle a ainsi été saisie des projets de loi « Pour une République numérique » ou « de modernisation de notre système de santé (loi promulguée le 26 janvier 2016). Elle a donné un avis sur 14 projets relatifs au traitement de données à des fins de renseignement ou de lutte contre le terrorisme. La CNIL a aussi un rôle de conseil (par exemple, en cas de création de nouveaux fichiers numériques) et de réglementation, rôle qui lui permet d'établir le cadre juridique de certaines activités ou d'adresser des recommandations. Elle contribue enfin de manière importante à l'information et au conseil auprès des particuliers. Dans les six derniers mois de 2015, elle a ainsi traité 122 603 questions-réponses.

20. La CNIL a été saisie de 5 890 demandes d'accès en 2015, soit 12 % de plus qu'en 2014.

21. Cette seconde exception, qui résultait de la jurisprudence, a été reprise par la loi du 12 avril 2000.

Chapitre 2
La police administrative

Simple dans son principe, la notion de police administrative s'avère néanmoins complexe dans certaines de ses implications. Il n'est pas toujours aisé en effet de distinguer entre police administrative et judiciaire, ni entre les pouvoirs respectifs des diverses autorités compétentes en la matière. Ces pouvoirs sont étendus, car ils conditionnent dans une large mesure les possibilités d'existence collective *(« La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique »*, reconnaissait déjà la Déclaration de 1789). Mais ils portent en germe des risques d'atteintes aux libertés : c'est pourquoi leur exercice est encadré par maintes *règles protectrices*.

Une extension de la notion d'ordre public : l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge*, du 27 octobre 1995

Une discothèque offrait comme attraction des « lancers de nains » : ces derniers, utilisés comme projectiles précisément par suite de leur handicap, se prêtaient à cette pratique contre rémunération, et des mesures de protection avaient été prises pour assurer leur sécurité. Le maire de la commune interdit cependant l'attraction et le Conseil d'État lui donna raison au motif que *« le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public »*, et que *« par son objet même, une telle attraction porte atteinte à [cette] dignité »*.

1. Le domaine de la police administrative

Ce domaine couvre les activités destinées à assurer le maintien de l'**ordre public**. Celui-ci, d'après les lois déjà anciennes qui ont déterminé les titulaires du pouvoir général de police (voir plus loin), comprend trois composantes : la **sécurité**, la **salubrité** et la **tranquillité publiques**. Il s'agit donc de prévenir à la fois les risques d'accidents, par exemple en matière de circulation routière, les désordres portant atteinte à la quiétude des habitants, comme les tapages nocturnes, et les dommages à la santé qui peuvent résulter d'installations ou de produits dangereux, tels les immeubles malsains ou les denrées alimentaires contaminées. Mais, comme toujours, sont apparues par la suite des activités n'entrant pas véritablement dans ces cadres et cependant susceptibles d'engendrer des troubles, si bien que le Conseil d'État a élargi la trilogie traditionnelle à des éléments relevant de ce qu'il dénomme la **moralité publique**. Sans faire sienne la conception rétrograde et dangereuse pour les libertés de « l'ordre moral » tel que le concevait notamment le régime de Vichy, il a néanmoins considéré comme licites l'interdiction de certains combats de boxe qui avaient *« un caractère brutal et parfois sauvage »*, ou d'affichages publicitaires en faveur de *« messageries roses »* ; et, plus récemment, il a inclus dans la notion d'ordre public celle du respect obligatoire de la personne humaine (voir encadré ci-contre).

Les activités de maintien de l'ordre public ont des natures très différentes. Certaines sont *juridiques*, comme les interdictions qui viennent d'être mentionnées ou les obligations imposées aux restaurants en vue d'y assurer l'hygiène. D'autres sont *matérielles*, comme celles des policiers qui règlent la circulation aux carrefours. Mais, pour ce second type d'activités, il est important de distinguer entre police administrative et police judiciaire.

La différence est théoriquement claire : la **police administrative** tend à prévenir les atteintes à l'ordre public, tandis que la **police judiciaire** a pour but de les réprimer[22]. Et la conséquence de cette distinction est logique : par suite du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, la police judiciaire relève de l'autorité et des tribunaux judiciaires. Mais en pratique, la distinction des deux activités est souvent délicate (voir aussi encadré page 134). D'abord parce qu'elles sont menées par les mêmes personnes : les policiers et les gendarmes, mais aussi les maires, sont à la fois des autorités administratives et des officiers ou agents de police judiciaire. Ensuite parce qu'il n'est pas toujours facile d'étiqueter ces activités : la police administrative peut parfois non seulement prévenir, mais aussi réprimer une atteinte à l'ordre public, par exemple en dispersant une manifestation ou en faisant expulser du territoire un étranger en situation irrégulière ; à l'inverse, il arrive à la police judiciaire de prévenir des infractions, comme lorsqu'elle organise la surveillance d'individus dont elle présume qu'ils ont l'intention de commettre un délit. Enfin parce qu'il existe des opérations dites polyvalentes, en ce sens qu'un même agent, au cours d'une telle opération, peut agir successivement au nom des deux polices : ainsi lorsqu'un agent assurant la fluidité de la circulation (police administrative) relève l'identité d'un contrevenant ou demande l'enlèvement d'un véhicule en stationnement gênant (police judiciaire).

De ces enchevêtrements naissaient des problèmes inextricables pour les particuliers lorsqu'il leur fallait déterminer la **juridiction compétente** pour obtenir la réparation d'un dommage survenu par suite d'une opération de police.

22. Suivant la définition qu'en donne le Code de procédure pénale, elle a pour mission de *« constater les infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves et en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte »*.

Aussi quelques simplifications ont-elles été introduites : le Conseil d'État a décidé qu'une activité relevait de la police administrative chaque fois qu'elle ne se rapportait pas à une infraction pénale déterminée – mais une personne autre que l'auteur de cette infraction est-elle toujours en mesure de le savoir[23] ? –; et une loi du 10 juin 1983, insérée ensuite dans le Code pénal, a soumis tous les contrôles d'identité à la surveillance des magistrats du parquet, donc à la compétence des tribunaux judiciaires. Il n'en demeure pas moins que, dans l'ensemble, un domaine aussi sensible que celui de la police ne devrait pas donner lieu à tant de subtilités.

2. Les titulaires du pouvoir de police administrative

Il en existe presque autant que de niveaux territoriaux d'administration. Les **préfets** ont été investis de ce pouvoir dans leur département pendant la Révolution et les **maires** l'exercent dans leur commune depuis la loi de 1884, reprise dans le Code général des collectivités territoriales[24]. Par ailleurs, le Conseil d'État a admis en 1919 que le président de la République dispose du même pouvoir au niveau national (depuis la Constitution de 1946, ses compétences en la matière ont été transférées au **chef du gouvernement**).

Le pouvoir de police au niveau national : l'arrêt *Labonne* du 8 août 1919

Un décret de 1899, ancêtre de notre Code de la route, avait rendu obligatoire pour tous les conducteurs d'automobiles un « certificat de capacité », qui pouvait leur être retiré par le préfet en cas d'infraction grave aux règles de circulation. Saisi par un contrevenant auquel cette mésaventure était arrivée, le Conseil d'État déclara le décret légal au motif *« qu'il appartient au chef de l'État, en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause être appliquées dans l'ensemble du territoire »*.

L'exercice de ces différentes compétences ne va pas sans quelques complexités. En premier lieu, si la police est municipale dans les petites et moyennes communes, elle est étatisée dans les villes : les personnels font alors partie de la police nationale et une partie des pouvoirs dévolus au maire pour assurer la tranquillité publique est transférée au préfet. En second lieu, certains domaines sont partagés entre plusieurs autorités : ainsi la sécurité de la circulation sur les routes nationales relève-t-elle des préfets, mais les présidents des conseils généraux sont compétents pour les routes départementales, et les maires pour les portions des deux catégories de routes qui traversent leur commune[25]. Enfin, le pouvoir de police est, logiquement, attribué au préfet pour les mesures qui dépassent le cadre d'une commune, comme le déclenchement du plan Orsec ou les décisions restreignant la consommation d'eau en période de sécheresse.

Par ailleurs, il y parfois **coexistence**, ou au contraire **cumul**, des pouvoirs de police. D'une part, en effet, ont été instituées des polices *dites spéciales* : celle des gares et des aérodromes, par exemple, appartient au préfet et non au maire, de même que celle des établissements « classés », c'est-à-dire dangereux ou insalubres ; la police des associations ayant le caractère de « groupes de combat » relève du gouvernement, et celle des publications présentant un danger pour la jeunesse est confiée au ministre de l'Intérieur. Une police spéciale prend normalement le pas sur la police générale, mais si des mesures qui relèvent de la première ne sont pas prises alors qu'elles s'avèrent nécessaires, la seconde reprend ses droits : ainsi le maire peut-il, en cas de péril, prendre à la place du préfet des mesures concernant un établissement classé.

D'autre part, il peut y avoir cumul des pouvoirs de **police générale**. Le principe est qu'une autorité locale n'a pas le droit de prendre des mesures plus libérales que celles qui ont été décidées au niveau national (par exemple, en autorisant un débit de boissons à s'installer plus près d'une école que la réglementation ne le prévoit), mais qu'elle a la possibilité, si les circonstances locales, précisément, le justifient, d'édicter des dispositions plus rigoureuses. Deux exemples classiques illustrent cette possibilité. Le premier, toujours actuel, est l'abaissement de la vitesse maximale imposée aux véhicules pour la traversée des agglomérations. Le second, moins fréquent aujourd'hui, concerne le cinéma : à plusieurs reprises, des maires ont interdit la projection de films qui avaient pourtant reçu le visa ministériel d'exploitation, parce qu'ils craignaient que leur caractère soit jugé intolérable par une partie de la population et qu'il en résulte des manifestations ; les tribunaux administratifs, dès lors que ce risque leur paraissait réel, ont validé les interdictions. Celles-ci deviennent très rares, mais le débat relatif aux « circonstances locales » a rebondi avec l'interdiction faite aux enfants, dans certaines communes, de circuler seuls la nuit.

23. Ainsi une personne blessée par balle au cours d'une opération devra s'adresser pour obtenir réparation aux tribunaux judiciaires si les policiers poursuivaient un malfaiteur, mais aux tribunaux administratifs s'ils effectuaient une visite domiciliaire en période de troubles…

24. À Paris, il est partagé entre le maire et le préfet de police.

25. Mais ils peuvent être dessaisis de cette compétence au profit des préfets pour les routes dites « à grande circulation ». Ils demeurent, en revanche, toujours compétents pour la voirie communale.

3. Les conditions d'exercice de la police administrative

Cette police, en raison de son objet, obéit à un régime ambivalent : parce qu'elle est indispensable à la vie sociale, les autorités qui l'exercent disposent de larges pouvoirs ; mais parce que les actes par lesquels elle se concrétise sont, plus que d'autres, susceptibles de porter atteinte aux libertés, le législateur et le juge les ont encadrés par des conditions strictes de régularité.

1. Les prérogatives attachées à la police

Elles sont particulièrement importantes. L'administration peut prononcer des fermetures d'établissements, des interdictions de vendre ou de circuler, voire des réquisitions de locaux, par exemple pour héberger des personnes évacuées à la suite d'un sinistre. Elle est également en droit d'ordonner l'exécution forcée des mesures qu'elle décide, par exemple en faisant procéder à l'enlèvement de véhicules ou à la saisie de journaux. Et comme ces mesures ne sont pas considérées comme des sanctions, leur régularité sera appréciée au regard des textes applicables le jour où elles ont été prises et non celui où se sont produits les faits qui leur ont donné lieu, même si ces textes sont devenus entre-temps moins sévères : elles échappent donc au principe de rétroactivité des textes supprimant ou allégeant des sanctions qui est applicable dans les procédures pénales ou disciplinaires.

2. La protection des droits des personnes concernées par ces mesures

Ces mesures doivent naturellement être conformes aux règles générales de fond et de procédure gouvernant les actes administratifs (voir page 110 et suivantes), bien que l'urgence puisse être plus souvent invoquée par l'administration pour s'en dispenser. Mais elles doivent également obéir à des principes spécifiques, et ceux qui ont été dégagés par le juge administratif pour l'ensemble des actes sont appliqués ici avec une particulière vigilance.

Il est, d'une part, des décisions que l'administration **n'a pas le droit de prendre** : par exemple, soumettre une activité à autorisation ou déclaration préalable en dehors des cas où une loi le prévoit expressément (il en est ainsi, notamment, pour les manifestations, dont les organisateurs doivent informer les autorités de police du trajet et de l'horaire envisagés) ; ou bien prescrire autoritairement les moyens par lesquels une personne doit faire cesser un trouble à l'ordre public[26].

D'autre part, plus que dans d'autres domaines de l'activité administrative, le juge exige que les mesures prises soient à la fois **nécessaires et proportionnées** à la situation : on verra dans le chapitre consacré au contrôle que de nombreux arrêts ont déclaré illégales des interdictions de réunions publiques ou des fermetures d'établissements de loisirs lorsque la tranquillité du voisinage ne l'exigeait pas absolument ; de même, si l'autorité de police peut interdire aux photographes-filmeurs d'exercer leur profession dans une zone particulièrement encombrée (en l'espèce, les abords du Mont-Saint-Michel), elle n'a pas le droit d'étendre cette interdiction à tout le territoire communal. Le contrôle contentieux s'exerce ainsi de façon particulièrement approfondie : l'appréciation de la légalité des décisions contestées inclut des éléments d'opportunité et l'existence d'une voie de fait est assez souvent reconnue, notamment à propos de l'exécution forcée des mesures décidées[27].

Par ailleurs, la police administrative s'analyse non seulement comme un pouvoir, mais aussi comme un **devoir**. Les préfets comme les maires sont tenus de veiller à l'application des réglementations qu'eux-mêmes ou les autorités supérieures ont édictées, par exemple pour les terrains de camping ou la sortie des poubelles. Mais ils ont également l'obligation de prévenir ou faire cesser les incidents en l'absence d'une telle réglementation : ainsi en est-il pour la sécurité d'un chemin piétonnier, d'une piste de ski ou d'une fête. S'ils ne s'acquittent pas de cette obligation et qu'un préjudice en résulte, la responsabilité de l'administration sera engagée (voir page 151 et suivantes).

En cas de **crise grave**, le préfet de zone détient des pouvoirs exceptionnels, qui lui permettent de prescrire les mesures nécessaires à l'exécution des plans de défense. Il préside le comité de défense de la zone et contrôle l'exercice du pouvoir des préfets de région et de département en matière de défense civile.

26. Par exemple, en ordonnant de supprimer les nuisances résultant d'un chenil par la limitation du nombre des animaux, alors que d'autres moyens auraient pu être tout aussi efficaces.

27. Ainsi pour les saisies de journaux (Tribunal des conflits, 8 avril 1935, *Action française*). L'exécution forcée est en effet irrégulière lorsque des textes spéciaux prévoient une procédure juridictionnelle. Sur l'ensemble de la notion de voie de fait, voir page 144.

Chapitre 3
Les services publics

La notion de service public est l'une des plus importantes du droit administratif français, mais aussi l'une des plus complexes. Son histoire est en effet émaillée de périodes d'ascension rapide et de recul relatif, tant sur le plan des idées et des faits que sur celui de la théorie juridique.

Limité à l'origine aux fonctions régaliennes de l'État, le service public s'est progressivement étendu à des activités que l'on estimait jusqu'alors réservées à l'initiative privée, et il a longtemps constitué la « pierre angulaire » du droit administratif, dont il déterminait à la fois le domaine et la finalité. Plus tard, la notion s'est distendue par l'apparition de formes de gestion très diversifiées ; par ailleurs, son champ d'application a été contesté par des majorités politiques proches du libéralisme économique et surtout, aujourd'hui, par les conceptions sur lesquelles s'appuie la construction européenne. Il n'en demeure pas moins qu'elle est au cœur des missions dévolues à la puissance publique, dont elle fonde en grande partie la légitimité, et que par-delà les subtilités qui affectent parfois la détermination de la nature et du régime des différentes formes du service, la logique qui la sous-tend est à la fois perceptible et explicable.

1. L'évolution de la notion

On peut dater de l'**arrêt Blanco**, rendu le 8 février 1873 par le Tribunal des conflits, sinon les premières apparitions du service public, du moins sa consécration en tant que notion clé du droit administratif et de la compétence de la juridiction administrative : à propos de l'accident causé à une enfant par le wagonnet d'une manufacture exploitée par l'État, l'arrêt déclare que *« la responsabilité qui peut incomber à l'État n'est ni générale, ni absolue […] ; elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service »*, et le juge administratif est seul compétent pour en connaître.

Plus tard, les interventions de l'État, mais aussi des collectivités locales, se sont multipliées dans des domaines très divers, y compris le secteur économique, et presque à chaque fois le juge a considéré que même lorsque ces interventions n'étaient pas prévues par une loi et même lorsque leurs auteurs n'avaient pas eu conscience de créer un service public, c'était bien d'un tel service qu'il s'agissait. Il en a été jugé ainsi pour un département qui octroyait des primes aux chasseurs de vipères[28], ou à propos des époux Bertin, déjà rencontrés, auxquels il avait été demandé d'assurer le ravitaillement de réfugiés (voir page 109). Et l'affirmation la plus nette des critères d'existence d'un service public est donnée par l'**arrêt Thérond** : en chargeant l'intéressé par contrat de capturer les chiens errants et d'enlever les bêtes mortes, *« la ville de Montpellier a agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population et a eu, dès lors, pour but d'assurer un service public »*[29].

Cette construction fut presque unanimement considérée par les juristes de l'époque comme la **clef de voûte** du droit administratif, et comme la justification même de la puissance publique et des prérogatives dont elle dispose : Duguit, en particulier, ne voyait dans l'État qu'une *« coopération de services publics »* et Hauriou, bien que plus réservé quant à l'extension du domaine de ces services, y voyait le moyen d'inciter l'État *« à n'obéir qu'à l'utilité publique »* par une *« autolimitation objective »* de son pouvoir. À la fois simple, socialement utile et facteur de démocratie, le critère du service public paraissait ainsi s'imposer en tant que **délimitation** et **légitimation** de l'action administrative.

Plus tard, les deux dernières de ces caractéristiques, qui correspondaient à l'idéologie née de la Résistance, inspirèrent les rédacteurs du Préambule de la Constitution de 1946 dans lequel figure cette affirmation : *« Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité. »* En revanche, la première caractéristique – celle de la simplicité – s'atténua considérablement. Le service public était, originellement, défini comme une **activité d'intérêt général** exercée par une **personne publique sous le régime du droit administratif**. Mais on vit apparaître des services assurés par des collectivités publiques et relevant cependant du droit privé (les services publics industriels et commerciaux ; voir page 121), ainsi que des services confiés à des particuliers et néanmoins soumis à certaines règles du droit public : la délimitation des frontières devint alors délicate. De surcroît, l'expression est *polysémique*, en ce sens qu'elle désigne aussi bien une activité que l'organisme qui en a la charge (la fourniture d'électricité *et* EDF, la protection de la santé *et* les hôpitaux), et que ces organismes peuvent être de nature juridique très diverse (établissements publics, entreprises nationales, sociétés privées ou d'économie mixte, offices, etc.), ce qui ne contribue pas à la clarté du dispositif.

Par ailleurs, on a déjà relevé que le champ des services publics (et du secteur public au sens large) dépend en grande partie des conceptions politiques et connaît donc

28. Conseil d'État, 6 février 1903, *Terrier*.

29. Conseil d'État, 4 mars 1910.

des variations notables[30] : il avait connu une extension notable après 1946, puis lors de l'alternance de 1981, mais la majorité parlementaire issue des élections de 2002 l'a plutôt réduit. Les incidences de la construction européenne doivent être également rappelées : fondée sur le principe de libre concurrence, elle n'est pas compatible avec le service public « à la française », financé au moins pour partie par l'impôt et bénéficiant d'un monopole de droit ou de fait. D'où le mouvement de dérégulation et de **privatisation** qui, conformément aux directives de Bruxelles, s'est amorcé dans divers secteurs (transports aériens, télécommunications, énergie). La Cour de justice de l'Union européenne a reconnu que la Poste belge constituait un *« service d'intérêt économique général »* dont le traité de Rome prévoit qu'il peut, dans certaines conditions, bénéficier d'un monopole[31], et cette notion a été reprise par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). De son côté, la Commission a admis qu'était compatible avec le traité l'existence d'un *« service universel »*, défini comme un *« service de base, offert à tous, dans l'ensemble de la Communauté, à des conditions tarifaires abordables et avec un niveau de qualité standard »*. Mais cette définition n'autorise que des prestations minimales, contrairement à la tradition du service public « à la française », et interdit de surcroît l'offre de prestations annexes qui contribuent à l'équilibre financier des services[32] : elle pourrait, par là même, susciter leur dépérissement.

2. Les différentes catégories de services publics

Les services publics sont aussi divers par les domaines dans lesquels ils interviennent que par les formes qu'ils revêtent.

1. Les domaines d'intervention

a) Les fonctions régaliennes

Elles sont apparues les premières et n'ont jamais été contestées, car elles apparaissent comme inhérentes à la notion même de souveraineté. Le service s'y confond parfois avec les réglementations, voire les actes d'autorité, mais il n'en est pas absent dans la mesure où la poursuite d'une fin d'intérêt collectif peut se concrétiser par des prestations en quelque sorte immatérielles. Il en est ainsi au premier chef pour la **justice** et le maintien de la **tranquillité publique**, mais également pour la **défense nationale** et même le recouvrement des **impôts** : de ce recouvrement dépend en effet le fonctionnement de l'État et de l'ensemble des services publics.

Les services relevant de ce secteur se sont multipliés : à ceux qui tendaient à assurer la salubrité et ont donné lieu aux arrêts *Terrier* et *Thérond*, se sont par exemple ajoutés les comités d'organisation qui, pendant la Seconde Guerre mondiale, devaient s'efforcer de limiter les effets de la pénurie[33], puis les ordres chargés de contrôler l'exercice de certaines professions (médecins, experts-comptables) et, dans un domaine voisin, les fédérations sportives ou de chasse.

b) Le secteur sanitaire et social

Il a connu un développement analogue avec les hôpitaux, les services d'aide sociale relevant de l'État ou des collectivités locales, les offices d'HLM, la Sécurité sociale et des organismes plus récents comme Pôle emploi ou l'Établissement français du sang. C'est dans ce secteur qu'a pris naissance, au cours des premières décennies du XXe siècle, ce qui fut dénommé le *« socialisme municipal »* : certaines communes ayant mis en place des équipements principalement destinés à des habitants peu fortunés (bains-douches, lavoirs, colonies de vacances), le Conseil d'État jugea leur action licite parce qu'elle permettait de satisfaire des **besoins sociaux** auxquels l'initiative privée ne répondait pas.

c) Le domaine économique

Les interventions dans ce domaine suscitèrent d'abord des réticences, car elles se heurtaient au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Au début du XXe siècle, le Conseil d'État ne les estimait justifiées qu'en cas de circonstances exceptionnelles ; trente ans plus tard, il considéra que *« des circonstances particulières de temps et de lieu »* suffisaient à les légitimer ; il admet aujourd'hui de façon très large que la création de services publics ne constitue pas une concurrence illégale au secteur privé dès lors qu'elle correspond à un **intérêt général** : depuis l'éclairage public jusqu'aux consultations juridiques gratuites, les services mis en place par les collectivités locales ont pu ainsi se multiplier. Quant aux services publics nationaux, dont la création relève en principe du législateur, le problème n'est pas de savoir s'ils sont licites, mais s'ils ont ou non un caractère obligatoire en vertu de la Constitution : comment le pays aurait-il pu se développer si l'État n'avait pas pris en charge les infrastructures, l'énergie, les transports, les télécommunications ?

d) Le secteur éducatif et culturel

Il a connu une évolution pour partie analogue. La création par la loi du service public de l'**enseignement** n'a jamais été fondamentalement contestée et le Préambule de la

30. Ceux-ci se reflètent même dans la dénomination des membres des équipes gouvernementales successives : en 1981 avait été désigné un secrétaire d'État à l'Extension du secteur public, en 1986 un ministre de l'Économie, des Finances et de la Privatisation.

31. Arrêt *Corbeau,* du 11 mai 1993. La même solution a été adoptée un an plus tard pour la fourniture d'électricité (arrêt *Commune d'Almelo*, rendu le 27 avril 1994).

32. La Poste, par exemple, s'est vu contester à Bruxelles ses activités bancaires.

33. Selon l'arrêt *Monpeurt* (Conseil d'État, 31 juillet 1942), ces comités, *« bien que le législateur n'en ait pas fait des établissements publics, sont chargés de participer à l'exécution d'un service public, et les décisions qu'ils sont amenés à prendre dans la sphère de ces attributions […] constituent des actes administratifs »*.

Constitution de 1946 l'a rendu obligatoire *(« L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État »)* : il scolarise aujourd'hui plus de dix millions d'élèves et d'étudiants et emploie plus d'un million de personnes. Il est prolongé par la **recherche,** qui s'effectue soit dans les universités, soit dans des centres qui lui sont dédiés, comme le CNRS (Centre national de la recherche scientifique) et l'INSERM (Institut national de la santé et de la recherche médicale).

Les services **culturels** et de **loisirs**, en revanche, ont été considérés à l'origine comme empiétant sur le domaine réservé à l'initiative privée : ainsi, en 1916, le Conseil d'État avait-il jugé illicite l'ouverture d'un théâtre par une commune ; mais il revint sur cette position en 1944, admettant qu'un théâtre municipal constituait un service public dès lors qu'il offrait des représentations de qualité et faisait ainsi *« prédominer les intérêts artistiques sur les intérêts commerciaux de l'exploitation »*. Ce critère a été appliqué par la suite de façon très large puisqu'il couvre aujourd'hui les fêtes, les manifestations sportives, le cinéma et les concerts ; parfois même il inclut des éléments relatifs au développement touristique et économique de la région : ainsi le festival de Cannes, comme celui de la bande dessinée à Angoulême, et même un casino municipal ont-ils successivement bénéficié du label de service public.

2. La classification juridique

Elle repose sur une distinction binaire entre les services publics administratifs (SPA) et ceux qui ont un caractère industriel ou commercial (SPIC). Cette distinction a un fondement historique, les SPA étant apparus les premiers ; mais elle ne répond plus aujourd'hui à une logique très claire, car certains services combinent des éléments des deux catégories, et il arrive même que la qualification donnée à un service par le texte qui l'institue soit ultérieurement remise en cause par le juge.

a) Les services publics administratifs (SPA)

Ils constituent la catégorie théoriquement la plus « naturelle », ce qui leur vaut d'être parfois appelés *« services publics proprement dits »*. Ils sont créés par une personne publique dans le but de satisfaire un intérêt collectif et relèvent du droit administratif. La qualification de certains d'entre eux ne fait pas de doute : c'est le cas, par exemple, de la **police**, mais aussi de l'**enseignement** et d'organismes tels que les **hôpitaux**. D'autres sont reconnaissables en vertu d'un faisceau d'indices : gestion directement assurée par une personne publique, financement en tout ou en partie par l'impôt (ce qui les décharge de tout objectif de rentabilité, et entraîne le plus souvent la gratuité des prestations qu'ils dispensent), octroi de prérogatives de puissance publique. Toutefois, ces critères ne sont pas absolus car il existe des SPA gérés par des organismes privés (par exemple, la Sécurité sociale) et d'autres – ou les mêmes – passent des actes qui sont soumis au droit privé. Il en résulte, si insatisfaisant que cela puisse paraître du point de vue de la logique juridique, qu'on a parfois tendance à les définir, de manière négative, comme des services *qui ne sont pas* industriels ou commerciaux.

b) Les services publics à caractère industriel et commercial (SPIC)

Ils sont d'origine plus récente, et leur développement date de celui de l'interventionnisme des pouvoirs publics. Ils ont pareillement pour but de satisfaire un intérêt collectif, mais interviennent dans les mêmes domaines que les **entreprises privées** et dans des conditions analogues. La première consécration jurisprudentielle de tels services date de 1921 : elle est intervenue à propos du bac d'Eloka, installé et exploité par la colonie de Côte-d'Ivoire pour la traversée d'une lagune[34]. Depuis lors, les SPIC ont fleuri dans de multiples secteurs. Pour leur accorder cette qualification, et donc les distinguer à la fois des SPA et des entreprises privées, le juge s'attache à **trois critères** cumulatifs.

– D'abord celui de leur **objet** : il doit s'agir de production ou de vente de biens, ou encore de prestations de services, mais présentant un **intérêt collectif**. Sont ainsi des SPIC les services de transports comme la SNCF, de fourniture d'énergie (EDF) ou de chauffage urbain. Les parcs de stationnement des aéroports le sont également, alors que le guidage du trafic aérien est, par son objet, un SPA. Inversement, toujours en raison de leur objet, la Française des Jeux (loto et paris sportifs) et le PMU ne sont pas des SPIC.

– Le second critère est celui du mode de **financement** du service : si ses ressources proviennent essentiellement non pas d'un budget public, mais des *redevances* payées par les usagers en contrepartie de la prestation dont ils bénéficient, il s'agira en principe d'un SPIC et non d'un SPA. Mais ce critère n'est pas d'une sûreté absolue, car il existe des SPA dont l'utilisation est subordonnée au paiement d'un prix, comme les cantines scolaires, les ponts à péage et de nombreux équipements communaux (crèches, garderies) ; le juge se prononce alors au cas par cas sur la qualification, en s'attachant à la fois aux parts respectives du financement public et de la redevance, et à la nature de la prestation offerte.

– Le dernier critère est relatif aux modalités d'**organisation** et de **fonctionnement** du service : si elles se rapprochent de celles des entreprises privées, le juge considèrera que le service n'est pas administratif. Son appréciation se fondera notamment sur la recherche d'un équilibre financier de l'exploitation, sur la nature des relations établies avec les usagers (les abonnements tels que ceux d'EDF ne diffèrent guère de ceux des compagnies d'assurances privées), et aussi sur la volonté manifestée par la collectivité qui a créé le service : lorsqu'elle a prévu que le personnel sera placé sous un statut de droit privé, que la comptabilité relèvera des *« règles applicables aux entreprises du commerce »* et que l'activité du service sera régie par le droit commun, la qualification de SPIC ne fera guère de doute.

34. Arrêt *Société commerciale de l'Ouest africain*, rendu par le Tribunal des conflits le 22 janvier 1921.

3. Le régime juridique des services publics

Quelle que soit leur nature, les services publics peuvent être gérés par des organismes très dissemblables. Leurs modalités de fonctionnement diffèrent également, la variable essentielle étant leur soumission au droit public ou au droit privé. On retrouve cependant un élément d'unité dans les principes qui gouvernent leur activité, et qui s'expliquent par l'obligation où ils se trouvent de servir au mieux l'**intérêt général**.

1. L'organe de gestion

Il peut s'agir d'une collectivité publique, d'un organisme public qui en émane ou d'une personne privée.

a) La gestion directe par une collectivité publique

Si cette collectivité (État ou collectivité locale) gère elle-même un service, on dit que celui-ci fonctionne en **régie**[35]. Il est inclus dans les structures de cette collectivité et ne possède donc pas la personnalité morale ; des biens meubles et immeubles lui sont affectés pour l'accomplissement de sa mission, mais il ne bénéficie pas de l'autonomie financière en ce sens que ses dépenses et ses recettes figurent dans le budget de la collectivité, excepté lorsque celle-ci choisit de les retracer dans un **budget annexe**.

La formule de la régie est utilisée aussi bien pour des SPA (justice, impôts, enseignement primaire) que pour des SPIC (Mobilier national). Elle présente l'avantage d'assurer une *maîtrise totale* du service par la collectivité dont il dépend, mais aussi l'inconvénient d'une certaine *lourdeur*, due pour l'essentiel au fait que le service ne dispose d'aucune autonomie de gestion. C'est pourquoi le choix des collectivités se porte assez souvent sur la formule plus souple de l'établissement public.

b) L'établissement public

C'est une **personne morale de droit public** rattachée à l'État ou à une collectivité locale et faisant fonctionner à leur place un service public. Il en existe des milliers, la catégorie se subdivisant en établissements publics administratifs (EPA) ou industriels et commerciaux (EPIC). Comme exemples des premiers, on peut citer d'une part les chambres de commerce et d'industrie, qui sont rattachées à l'État, d'autre part les établissements d'enseignement du second degré et les centres d'action sociale, qui relèvent des collectivités locales. Parmi les EPIC se trouvent notamment, pour l'État, EDF et la SNCF, et pour les collectivités locales de multiples organismes chargés de gérer les transports publics ou la distribution d'eau. Il faut observer à ce propos que la dénomination des organismes est indépendante de leur qualification d'établissement public : il existe des agences, offices, sociétés, voire entreprises, qui font incontestablement partie de la catégorie.

Par rapport à la régie, l'établissement public offre plusieurs avantages. D'abord une plus grande souplesse : doté de la personnalité morale et d'un **budget** propre, il peut plus aisément s'adapter à la spécificité du service dont il a la charge ainsi qu'à l'évolution de ses besoins – c'est pourquoi la formule est parfois dénommée « décentralisation par services ». Ensuite une relative **autonomie** par rapport au pouvoir en place (particulièrement précieuse pour les établissements d'enseignement et de recherche), et la possibilité de faire participer aux décisions des représentants des usagers et des personnels, qui siègent généralement dans les conseils d'administration. La collectivité de rattachement n'en perd pas pour autant son pouvoir de direction, qui s'exprime à la fois en amont, par des directives (par exemple, selon les cas, pour les programmes et horaires scolaires ou pour les politiques tarifaires), et en aval par un *contrôle de légalité* ; mais il s'agit d'un pouvoir de tutelle et non d'une subordination hiérarchique, et il est donc moins pesant.

c) La gestion déléguée à un organisme privé

Ce cas n'est pas rare : on le rencontre dans la plupart des domaines d'intervention des services publics, excepté lorsqu'en raison de leur nature ces services sont considérés comme devant relever exclusivement d'une collectivité publique (le maintien de l'ordre public et le recouvrement des impôts, bien entendu, mais aussi la surveillance des élèves dans les établissements scolaires et l'hébergement des malades dans les hôpitaux). La délégation peut résulter de la loi, comme pour les caisses de Sécurité sociale, ou d'un contrat. Dans ce dernier cas, elle consiste parfois en une **concession** du service, formule qui confie à l'organisme privé l'exploitation de ce service mais également, au préalable, la construction des ouvrages nécessaires (par exemple, pour les autoroutes) ; ou bien il s'agira d'un **affermage**, qui se réduit à la seule exploitation.

On a vu au chapitre 1 que les contrats de délégation d'un service public sont toujours des **contrats administratifs**, et que la collectivité qui les conclut est tenue de respecter une procédure tendant à assurer la publicité de son offre et la mise en concurrence des candidats. Il faut ajouter ici qu'elle dispose, dans l'intérêt du service qu'elle a délégué, de plusieurs **prérogatives** à l'égard du concessionnaire : celle de fixer avec lui les tarifs applicables aux usagers, celle de lui imposer des avenants au contrat, voire une résiliation anticipée si le service perd son utilité, celle d'obtenir régulièrement des rapports retraçant les activités et les comptes financiers du service. Le concessionnaire est par ailleurs tenu de se conformer aux principes généraux gouvernant le fonctionnement des services publics, qui seront étudiés plus loin.

La gestion par un organisme privé peut sembler paradoxale, voire anormale, par rapport à la notion même de service public : si la nature d'une prestation est telle qu'elle paraît devoir être assurée par une collectivité publique, comment celle-ci peut-elle s'en décharger au profit du secteur

35. Ce terme est parfois utilisé à tort par les pouvoirs publics eux-mêmes : ainsi la Régie Renault ne fonctionnait-elle pas en régie et n'était d'ailleurs même pas un service public, mais une entreprise qui fut nationalisée après la Libération, à titre de sanction contre sa direction plutôt qu'à raison de son objet.

privé que l'on souhaitait précisément évincer ? Le phénomène s'explique parfois par des raisons d'ordre **éthique** : le souhait de pérenniser des structures nées d'une initiative privée tendant à servir un intérêt général, comme la Sécurité sociale et d'autres organismes mutualistes, ou bien celui de confier une responsabilité aux milieux intéressés, comme pour les ordres professionnels. Mais il a généralement des motivations plus prosaïques, en particulier la volonté de soustraire une activité aux règles de la comptabilité publique ; il en résulte en certains cas des abus que la Cour des comptes a plusieurs fois dénoncés : inefficacité du contrôle exercé par la collectivité de tutelle, démembrement de l'administration, voire constitution de sociétés fantômes qui servent simplement de paravent à une collectivité qui continue à gérer, mais en s'affranchissant des contraintes légales.

Il faut relever pour conclure que les collectivités publiques sont **libres**, sauf texte contraire, **de choisir la forme** de gestion qui leur paraît préférable à un moment donné : les services de transports ou de distribution d'eau, par exemple, sont exploités aussi bien en régie communale que par des établissements publics ou des entreprises privées. La distinction entre les différents types d'organismes ou de gestion n'est pas toujours aisée[36], et le juge doit parfois se livrer à des analyses minutieuses : il se fonde bien entendu sur des critères juridiques, mais parfois aussi sur des considérations d'opportunité, en ce sens qu'il fera prévaloir le droit public lorsque l'intérêt du service et de ses usagers lui paraît l'imposer.

2. Le droit applicable

En fonction de leur nature et de l'organe qui les gère, les services sont régis soit par le droit public, soit par le droit privé, avec éventuellement une combinaison de ces deux droits. Il faut principalement distinguer ici entre d'une part les services publics administratifs et les services publics industriels ou commerciaux gérés par une collectivité publique, d'autre part les services dont le fonctionnement est assuré par un organisme privé.

a) Les SPA

Ils sont presque totalement soumis au **droit administratif**. Ce sont des règles de droit administratif qui déterminent leur organisation, le régime des actes qu'ils prennent et celui des biens qui leur sont affectés. Les personnels qu'ils emploient sont soit des fonctionnaires, soit des agents qui ne sont pas titulaires mais ont néanmoins la qualité d'agents publics. Les relations qu'ils entretiennent avec leurs usagers – les élèves d'un collège aussi bien que les automobilistes en stationnement irrégulier – sont régies par le droit administratif, et c'est également selon ce droit qu'est appréciée la responsabilité qu'ils encourent lorsque leur activité cause un dommage.

Il existe toutefois des **exceptions** à ce rattachement. Les unes résultent de textes législatifs, qui ont prévu par exemple que les relations des offices publics d'HLM avec leurs locataires seraient soumises au droit privé, et qu'il en irait de même pour la réparation des préjudices causés par les accidents de la circulation imputables à des véhicules administratifs. D'autres exceptions ont été apportées par la jurisprudence : on sait, depuis l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (31 juillet 1912), que les contrats passés par un SPA dans les mêmes conditions que le ferait un particulier sont pareillement soumis au droit privé.

b) Les SPIC

Pour eux, le régime est **mixte**. Comme il s'agit de services publics, leur statut et leurs biens relèvent du droit administratif, de même que leurs dirigeants et comptables. Mais comme leur activité est de type industriel ou commercial, c'est le droit privé qui régit leurs autres personnels, leurs relations avec les usagers et la responsabilité qu'ils encourent s'ils provoquent un dommage. Les contrats qu'ils passent sont également de **droit privé**, mais le juge a apporté à cette règle une exception inverse de la précédente : si le contrat a pour objet l'exécution de travaux publics, ou contient des clauses exorbitantes du droit commun, il sera considéré comme administratif.

c) Les services gérés par des organismes privés

Très logiquement, ils échappent en principe au droit administratif. Y sont seuls soumis les rapports qu'ils entretiennent avec leur collectivité de tutelle, les actes unilatéraux que leur statut les habilite parfois à prendre (par exemple, les autorisations d'exercer la profession de médecin accordées par l'Ordre ou les sanctions qu'il prononce), et les travaux immobiliers qu'ils effectuent pour le compte du service lorsqu'ils en sont concessionnaires.

3. Les « lois » du service public

Excepté dans les cas où l'existence des services publics est rendue obligatoire par la Constitution (enseignement, justice, police), ou par le Parlement en ce qui concerne plus particulièrement les collectivités territoriales (aide sociale, lutte contre l'incendie), la création de ces services est laissée à l'initiative des pouvoirs publics. Ceux-ci ont également le pouvoir de les supprimer, soit lorsque les circonstances qui les justifiaient n'existent plus[37], soit lorsqu'ils impliquent une charge financière qui paraît trop lourde par rapport à leur utilité : c'est ainsi que disparaissent, dans les zones rurales, des hôpitaux, des écoles ou des antennes locales de services qui n'ont plus que très peu d'usagers. Mais tant que les services sont en activité, et quel que soit leur mode de gestion, ils sont soumis à des principes de fonctionnement qu'on appelle *« lois de Rolland »,* du nom de l'enseignant de droit public qui les a systématisés à partir des années 1930. Ces principes sont au nombre de trois : la continuité, l'adaptation et l'égalité de traitement des usagers.

36. Il n'est pas facile non plus de faire la différence entre une délégation de service public et une simple autorisation d'occuper le domaine public pour y exercer une activité qui ne constitue pas un service.

37. Par exemple, le service de rapatriement des réfugiés auquel participaient les époux Bertin (voir pages 109 et 119) n'a pas survécu longtemps à la fin des hostilités.

a) Le principe de continuité

Il est inhérent à la vocation même des services : dès lors que la puissance publique les a reconnus comme indispensables à la satisfaction d'un besoin collectif, ils doivent **fonctionner sans à-coup**. Cette obligation est d'une intensité variable suivant les services : particulièrement forte, par exemple, pour ceux qui assurent la sécurité, elle s'atténue à l'égard des musées nationaux ; elle peut même varier à l'intérieur d'un même service : dans les hôpitaux, l'accueil des urgences implique davantage de permanence que les opérations esthétiques.

Les contraintes qui en résultent s'appliquent aux collectivités publiques qui gèrent directement le service, mais aussi à celles qui l'ont délégué, car elles sont tenues de faire respecter le principe par le concessionnaire et leur responsabilité peut être engagée en cas de carence : cette règle a été posée par le Conseil d'État à propos d'un préfet qui n'avait pas usé de son pouvoir de tutelle pour assurer le fonctionnement régulier d'un service de tramways[38].

L'**obligation** de continuité est à l'origine de plusieurs dispositions du droit public. Elle explique par exemple qu'un gouvernement appelé à cesser ses fonctions demeure chargé des affaires courantes jusqu'à la constitution du gouvernement suivant. Elle fonde aussi la théorie du « fonctionnaire de fait » et du « collaborateur occasionnel » du service : en cas de circonstances exceptionnelles, les actes juridiques pris pour faire face à la situation par un agent public agissant en dehors de sa sphère de compétence, ou même par un particulier, seront validés ; et lorsqu'un particulier apporte de sa propre initiative une aide bénévole au service, par exemple pour lutter contre une calamité naturelle, les dommages qu'il peut causer ou subir seront réparés par application des règles plus favorables de la responsabilité sans faute (voir page 153).

L'aménagement du **droit de grève** des fonctionnaires est une concrétisation particulièrement nette du principe de continuité. Ce droit est reconnu par la Constitution *« dans le cadre des lois qui le réglementent »*. La loi est effectivement intervenue pour interdire la grève à certaines catégories d'agents comme les policiers et les CRS, ainsi que les agents chargés de surveiller les installations nucléaires. Elle a par ailleurs rendu obligatoire en certains cas un « service minimum », par exemple pour le contrôle du trafic aérien ou pour la radiotélévision. Mais c'est le juge qui a précisé le contenu de ce service minimum et qui a, pour les services à propos desquels le législateur n'est pas intervenu, déterminé si les interdictions de faire grève (voire les réquisitions de personnels) décidées par le gouvernement correspondaient à la fois au principe de la licéité de la grève et à celui de la continuité du service.

À la suite de l'arrêt *Dehaene*, qui validait une interdiction visant les chefs de bureau des préfectures[39], ont été ainsi jugées licites des mesures similaires concernant les responsables de services douaniers ou les personnels des PTT assurant les liaisons indispensables à l'action gouvernementale. Mais ont été, à l'inverse, annulées des interdictions visant tous les agents employés dans un service sans tenir compte de la nature de leurs fonctions, ainsi que l'obligation faite aux personnels de l'ORTF[40], dans le cadre du service minimum, de diffuser un film après le bulletin d'informations du soir. C'est donc au cas par cas, en vertu du principe de continuité mais aussi de ses limites, que sont appréciées les décisions du gouvernement relatives à la grève.

b) Le principe d'adaptation

Il peut être défini comme l'obligation faite au service d'être toujours en état de **satisfaire au mieux l'intérêt collectif** auquel il correspond. Cette obligation implique que ses modalités évoluent en fonction et au rythme des changements de circonstances. Il peut s'agir de circonstances de fait, comme un accroissement de la population desservie qui justifie une augmentation parallèle des moyens du service (par exemple, l'ouverture de nouvelles classes dans les écoles ou la mise en service d'un plus grand nombre d'autobus), ou bien de l'apparition de nouvelles techniques procurant plus de sécurité ou de célérité : c'est ce qui a provoqué notamment la substitution de l'électricité au gaz pour l'éclairage public, ou la mise en place de distributeurs automatiques de billets.

De même que le principe de continuité, le principe d'adaptation s'applique à toutes les formes de gestion des services. Il permet aux usagers d'attaquer les refus de prendre les mesures à défaut desquelles le service ne fonctionnerait plus de manière satisfaisante : par exemple, la modification des horaires d'ouverture d'un bureau de poste, ou l'octroi à une université d'un nombre d'enseignants proportionnel à l'extension de ses effectifs. S'il s'agit d'un service public concédé, la collectivité publique de tutelle peut et doit exiger du concessionnaire qu'il prenne de telles mesures, éventuellement en modifiant unilatéralement son contrat s'il refuse de le renégocier ; dans l'hypothèse où elle s'abstiendrait de le faire, les usagers pourraient contester son inaction au contentieux.

Il arrive toutefois que la mise en œuvre du principe tourne au désavantage de certains usagers, parce que les moyens dont disposent les services ne sont pas indéfiniment extensibles : c'est ainsi que la SNCF ferme des petites gares de campagne pour mieux desservir les banlieues très peuplées ; ou que les émissions télévisées sur la définition de 441 lignes ont été supprimées avant le terme fixé parce que la réception sur le standard de 819 lignes s'était

38. Arrêt *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey-Tivoli*, rendu le 21 décembre 1906. En l'espèce, la responsabilité du préfet n'a pas été retenue, mais seulement parce que le tronçon de ligne que la compagnie concessionnaire avait supprimé n'était pas inclus dans le réseau concédé. Par ailleurs, on a vu plus haut qu'en vertu du principe de continuité, la collectivité publique peut imposer au concessionnaire le maintien d'un contrat devenu pour lui déficitaire, à condition de l'aider à combler ce déficit.

39. Conseil d'État, 7 juillet 1950. Dans ses conclusions demeurées célèbres, le commissaire du gouvernement Gazier avait déclaré : *« Admettre sans restriction la grève des fonctionnaires, ce serait […] consacrer effectivement la notion d'un État à éclipses. »*

40. Office de la radiotélévision française.

généralisée[41]. Mais dans l'ensemble, la notion de service public et les avantages qu'elle emporte pour la collectivité s'en trouvent utilement complétés.

c) Le principe d'égalité des usagers devant le service public

Qu'il s'agisse de prestations ou au contraire de contraintes, ce principe se rattache directement à celui d'égalité des citoyens devant la loi proclamé en 1789 et réaffirmé par le Préambule de la Constitution. Sa position dans la hiérarchie des normes est éminente, puisque le Conseil d'État y voit un **principe général du droit** et le Conseil constitutionnel un principe de **valeur constitutionnelle**.

Ce principe constitue une **garantie** contre l'arbitraire, dans la mesure où il interdit les traitements discriminatoires : le bénéfice des prestations du service doit être reconnu à tous, sans que puissent être introduites des différences injustifiées. C'est ainsi qu'ont été annulées des mesures inspirées de la *« préférence nationale »*, comme le refus par quelques communes d'accorder certaines aides sociales aux travailleurs immigrés ; également un refus de dérogation à la carte scolaire alors que de telles dérogations étaient accordées, dans le même temps et pour des raisons analogues, à d'autres familles ; et même la procédure d'inscription en université par voie télématique, car lorsque les capacités d'accueil étaient limitées, elle ne permettait pas aux candidats ne disposant pas d'un modem d'acheminer leur appel en temps utile[42].

Toutefois, lorsque les usagers ne se trouvent pas dans des situations analogues, il est licite de leur appliquer des traitements différenciés : une commune est ainsi en droit d'imposer des tarifs plus élevés pour les cantines scolaires aux enfants qui ne résident pas sur son territoire, puisque les cantines sont subventionnées par les impôts locaux ; et l'utilisation du pont qui dessert l'île d'Oléron est facturée moins cher aux habitants de l'île qu'aux « continentaux ».

Dans ces hypothèses prévalent des considérations économiques ou d'aménagement du territoire. Mais il en est d'autres, aussi nombreuses, qui sont fondées sur la vocation *sociale* du service et tendent à le rendre accessible aux personnes qui n'en auraient pas autrement les moyens : on peut citer, à cet égard, les tarifs dégressifs des crèches en fonction des ressources familiales, les cartes de transport à prix réduit pour les chômeurs, les contrats de ville qui mettent à la portée de tous les équipements culturels ou sportifs. Le rôle de péréquation sociale que joue alors le service est conforme à sa philosophie originelle. Les « libéraux » le contestent parfois, mais des institutions telles que les ex-zones d'éducation prioritaires (ZEP), qui ont créées dans les quartiers défavorisés et bénéficiaient de moyens spécifiques, ne rencontrent plus guère d'opposition ; et il est symptomatique que la loi de 1998 relative à la lutte contre les exclusions, de même que la loi de 1999 sur l'aménagement du territoire, se réfèrent expressément aux services publics comme à un facteur d'égalisation des chances.

Un exemple d'application du principe d'égalité par le Conseil d'État : l'arrêt *Société des concerts du Conservatoire*, 9 mars 1951

Deux musiciens de l'orchestre du Conservatoire avaient été sanctionnés par la société gestionnaire pour avoir, au lieu d'assurer leur service, participé à un concert organisé par la Radiodiffusion française. Celle-ci décida alors de fermer pendant un certain temps son antenne à la société. Le Conseil d'État annula cette décision au motif qu'elle *« [avait] méconnu le principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics et qui donnait à la société requérante, traitée jusqu'alors comme les autres grandes sociétés philharmoniques, vocation à être appelée, le cas échéant, à prêter son concours aux émissions de la radiodiffusion ».*

Un exemple d'application du principe d'égalité par le Conseil constitutionnel : la décision relative à la modification de la loi Falloux, rendue le 13 janvier 1994

La loi votée par le Parlement autorisait les collectivités territoriales à accorder désormais aux établissements d'enseignement privés sous contrat des aides aux investissements. Le Conseil constitutionnel déclara cette disposition contraire à la Constitution, car elle enfreignait doublement le principe d'égalité : d'une part, les aides auraient pu différer par leur montant selon les collectivités, donc *« n'être pas les mêmes sur l'ensemble du territoire »* ; d'autre part, les établissements d'enseignement public se trouvaient désavantagés par la réforme, car ils sont soumis à des contraintes (obligation d'accueillir les élèves, gratuité) qui ne s'imposent pas aux établissements privés : le législateur aurait donc dû *« prévoir les garanties nécessaires pour prémunir les établissements d'enseignement publics contre les ruptures d'égalité à leur détriment au regard des obligations particulières que ces établissements assument ».*

41. La légalité de cette suppression a été admise dans l'arrêt *Vannier*, rendu le 27 janvier 1961, parce que l'émetteur à moyenne définition, qui devait encore fonctionner pendant deux ans, s'était trouvé gravement endommagé par un incendie : compte tenu du faible nombre d'usagers qui en bénéficiaient encore, le Conseil d'État estima que sa remise en état ne se justifiait pas.

42. On a vu, en étudiant les règles générales applicables aux actes administratifs (voir page 110 et suivantes), que le principe d'égalité joue également en faveur des agents du service : l'administration ne peut pas, par exemple, écarter des candidats à un concours en raison de leurs opinions politiques. De plus, le juge veille à ce que tous les fonctionnaires appartenant à un même corps soient soumis à un traitement analogue, par exemple pour les conditions de rémunération et d'avancement.

Chapitre 4
La fonction publique

L'existence de la fonction publique et celle du régime particulier auquel elle est soumise sont indissociables de la notion de service public : parce que ces services, en raison de leur importance sociale, sont rattachés à une collectivité publique et échappent au droit commun des activités privées, il a paru logique que les agents qui les font fonctionner soient également soumis à des règles dérogatoires au droit du travail. Tous les pays n'admettent pas au même degré cette différenciation : en Grande-Bretagne et en Allemagne, par exemple, relèvent seuls d'un droit spécifique les « fonctionnaires d'autorité », c'est-à-dire les personnels affectés à des postes importants qui les investissent de prérogatives de puissance publique. Et la France, malgré la prégnance du principe, lui apporte également quelques exceptions : de même que la gestion de certains services publics relève du droit privé, il est des agents qui sont employés par des collectivités publiques sans avoir la qualité de fonctionnaires.

Coexistent ainsi plusieurs catégories de personnels, depuis le « noyau dur » de ceux qui sont soumis au statut général de la fonction publique jusqu'aux agents non titulaires, dont certains travaillent sous le régime du droit privé. Il existe également plusieurs sous-ensembles de fonctionnaires, des distinctions étant parfois établies entre eux suivant la collectivité qui les emploie ou les fonctions qu'ils exercent. Mais on constate de nombreuses similitudes, à la fois dans le déroulement de leur carrière et dans les droits et obligations qui sont les leurs.

1. Les différentes catégories de personnels

La règle est claire : sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils **permanents** de l'État, des collectivités locales et des établissements publics doivent être occupés par des **fonctionnaires**. Mais l'application stricte de cette règle pose parfois des problèmes : ainsi lorsqu'il faut faire face à des besoins nouveaux qui nécessitent le recrutement massif et rapide d'agents (par exemple, dans l'enseignement, pour suivre un accroissement inopiné de la population scolaire), ou lorsqu'il s'avère difficile de pourvoir des emplois parce que les diplômes requis sont de niveau élevé et les rémunérations, au contraire, plutôt basses ; dans les deux cas, en dépit de la règle, l'administration est conduite à recruter des **agents non titulaires**[43]. Elle le fait également pour des tâches temporaires ou à temps partiel et, parfois, lorsqu'elle estime que le nombre d'emplois que lui accorde la loi de finances ne suffit pas à couvrir ses besoins (le nombre des recrutements excède alors ce que prévoient les autorisations, ce qui est tout à fait irrégulier). Périodiquement, le gouvernement et le Parlement s'émeuvent de cette situation et adoptent des plans de titularisation pour résorber les emplois précaires, mais le nombre de ceux-ci augmente à nouveau quelques années plus tard.

Les différences de conditions, sur le plan juridique et matériel, entre les fonctionnaires et les non-titulaires sont importantes.

1. Les agents non titulaires

Ils sont recrutés par **contrat**, parfois *intuitu personae*, plus souvent à la suite d'une appréciation de leurs compétences faite par des personnes ou des commissions relevant du service dans lequel ils seront employés. Suivant la nature de ce service, mais aussi celle de leurs fonctions, ils seront soumis au droit public ou au droit privé.

Pendant longtemps, ont été considérés comme relevant du **droit public** les non-titulaires qui, selon la formule utilisée par les arrêts, participaient à l'exécution même du service public. Cette solution, logique au regard des principes, aboutissait cependant à des distinctions frisant la préciosité, certains agents aux fonctions composites pouvant être déclarés soumis, selon les cas, à l'un ou l'autre régime[44]. L'arrêt *Berkani*, rendu par le Tribunal des conflits le 25 mars 1996, apporta une heureuse simplification en décidant que *« les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi »*. Le législateur, toutefois, peut déroger à cette règle : il l'a fait par exemple, en 1997, à propos des « *emplois jeunes* » qui répondaient pour la plupart à ce critère, mais étaient néanmoins régis par le droit privé.

À l'inverse, les agents travaillant dans des services publics industriels ou commerciaux (à l'exception des dirigeants et des comptables), de même que les personnels employés

43. Une hypothèse analogue a été légitimée par la loi en 1987 : s'il n'existe pas de corps de fonctionnaires aptes à remplir des tâches nouvelles et supposant des compétences techniques (ce fut le cas, par exemple, pour les informaticiens), l'administration est autorisée à recruter des contractuels.

44. Ainsi une dame employée dans une école maternelle avait-elle été jugée soumise au droit public lorsqu'elle s'occupait des enfants, mais au droit privé lorsqu'elle rechargeait la chaudière, et la réparation de l'accident qu'elle avait subi dépendait donc du moment où il s'était produit (Tribunal des conflits, 25 novembre 1963, *Dame veuve Mazerand*).

par la Sécurité sociale, sont soumis au **droit privé**. Il subsiste cependant des fonctionnaires dans certains services qui ont changé de nature par suite de la réglementation européenne sur la suppression de monopoles publics : à La Poste, par exemple, les fonctionnaires en service à la date du changement ont pu, si tel était leur souhait, conserver leur statut.

La situation des agents non titulaires est globalement **moins favorable** que celle des fonctionnaires : si l'on excepte les contractuels de haut niveau, qui occupent des fonctions importantes, leur rémunération, à conditions d'emploi équivalentes, est généralement moindre et, surtout, ils ne bénéficient ni de possibilités de carrière, ni même de la garantie de conserver leur emploi. Leur *protection sociale* a été longtemps lacunaire car, par définition, le statut de la fonction publique ne leur est pas applicable, mais le Code du travail ne l'est pas non plus aux contractuels de droit public. Le Conseil d'État a pallié quelques déficiences particulièrement graves en considérant comme des principes généraux du droit l'interdiction de licencier une femme enceinte et l'obligation d'accorder à tous les non-titulaires une rémunération au moins égale au SMIC. Plus tard, des décrets ont posé à leur intention un ensemble de **règles** que l'on peut considérer comme un rudiment de statut, mais elles sont loin d'être aussi avantageuses que celles dont bénéficient les fonctionnaires.

2. Les fonctionnaires

a) La définition du fonctionnaire

Elle comprend **deux éléments** fondamentaux : c'est un agent qui est nommé dans un **emploi permanent** et titularisé dans un **grade**. La distinction entre les deux éléments est importante : l'emploi est un poste de travail permanent reconnu comme nécessaire à l'accomplissement des missions dévolues à un service, et donc inscrit au budget ; le grade est un titre juridique, lié à la possession de diplômes, qui donne vocation à occuper certains emplois : par exemple, les titulaires du grade d'administrateur civil, obtenu à la sortie de l'ENA, peuvent devenir directeurs d'administration centrale. Tous les fonctionnaires sont intégrés dans des **corps** qui comportent plusieurs grades, et il existe une correspondance entre chacun de ces grades et les emplois auxquels il donne accès. Le plus souvent, les grades sont eux-mêmes subdivisés en *échelons*, chacun de ceux-ci correspondant à une rémunération déterminée.

En gros, les corps et les emplois sont répartis en **trois catégories**, définies suivant le niveau de recrutement des agents et la nature des fonctions exercées : catégorie A (diplômes de l'enseignement supérieur), B (baccalauréat et bac + 2) et C (brevet des collèges)[45]. Un fonctionnaire est *propriétaire* de son grade, en ce sens qu'il ne peut en être privé qu'en cas de faute grave reconnue à la suite d'une procédure disciplinaire (hypothèse peu fréquente), mais pas de son emploi : non seulement il peut demander une mutation, mais l'administration est en droit de la lui imposer si l'intérêt du service le justifie[46] ; toutefois, lorsqu'un emploi est supprimé, son titulaire doit être reclassé dans un emploi de rang équivalent.

b) Le statut des fonctionnaires

À l'inverse de celle des agents non titulaires, la situation des fonctionnaires n'est jamais de nature contractuelle : ils se trouvent en **« situation statutaire et réglementaire »**, ce qui signifie que leurs droits et obligations de toutes sortes sont déterminés par des lois et des règlements. Le texte essentiel est un **statut général** dont l'origine n'est pas très ancienne, mais qui a connu plusieurs avatars. Un premier statut avait été élaboré en 1941, mais il était marqué par les conceptions autoritaristes du régime de Vichy[47] et fut déclaré nul à la Libération. Lui succéda le statut de 1946, qui reconnaissait le droit syndical et organisait la participation des fonctionnaires à la gestion des personnels et des services par l'intermédiaire d'organismes paritaires qui seront décrits plus loin. En 1959 fut élaboré un nouveau texte : conformément aux articles 34 et 37 de la Constitution, il ne conservait que les dispositions de nature législative, mais limitait aussi la participation en rendant dans certains cas facultative et non plus obligatoire la consultation des organismes paritaires. L'alternance politique de 1981 entraîna l'adoption des textes actuellement en vigueur, qui forment un ensemble de *quatre lois constituant autant de titres du statut général* (lois de 1983, 1984 et 1986) : la loi de 1983 est relative aux droits et obligations de tous les fonctionnaires, celles de 1984 et 1986 concernent respectivement les fonctions publiques d'État, territoriale et hospitalière.

c) Les personnels exclus du statut et les dérogations au statut

Ce statut ne couvre cependant pas toutes les catégories de fonctionnaires : en sont exclus les **personnels militaires**, ceux des **assemblées parlementaires** et les **magistrats de l'ordre judiciaire** (les premiers parce qu'ils sont soumis à une discipline plus rigoureuse, les autres, au contraire, étant considérés comme devant échapper à l'autorité hiérarchique du gouvernement au nom du principe de séparation des pouvoirs). Par ailleurs, les différents corps ont très souvent des *statuts particuliers* qui précisent, en ce qui les concerne, les règles du statut général ou leur apportent des dérogations : c'est, par exemple, le cas des enseignants, en raison de leurs horaires de travail, ou des corps de la haute fonction publique, à laquelle on a voulu en certains cas donner des garanties d'indépendance (membres du Conseil d'État) ou à l'inverse imposer un devoir d'obéissance plus strict (préfets). Au total, près de la moitié des fonctionnaires sont ainsi régis, en tout ou en partie, par des règles qui ne sont pas contenues dans le statut général.

45. Il existait initialement une catégorie D, de rang inférieur, mais dans le cadre d'une politique de revalorisation des fonctions, les agents qui en faisaient partie ont été progressivement reclassés dans la catégorie C.

46. Certains corps, notamment les magistrats du siège, bénéficient cependant de l'inamovibilité, car leurs fonctions justifient une indépendance renforcée (article 64 de la Constitution).

47. La grève, en particulier, était sévèrement sanctionnée et, conformément aux conceptions allemandes, n'étaient fonctionnaires que les agents occupant des emplois d'autorité. De surcroît, en vertu de lois adoptées en 1940 et en 1941, l'accès à la fonction publique était interdit aux israélites.

Effectifs physiques, en ETP et en EQTP, dans la fonction publique en France au 31 décembre 2013

	Effectifs physiques au 31/12/2013		ETP au 31/12/2013	EQTP annualisés en 2013
	Ensemble	*dont à temps partiel (en %)*		
Fonction publique de l'État	2 385 488	*15,3*	2 269 733	2 290 195
Fonction publique territoriale	1 878 745	*26,3*	1 702 228	1 748 726
Fonction publique hospitalière	1 152 707	*22,5*	1 069 173	1 070 997
Ensemble de la fonction publique	**5 416 940**	***20,6***	**5 041 134**	**5 109 918**

Champ : emplois principaux, tous statuts, situés en France (métropole + DOM, hors COM et étranger), hors Mayotte.
Hors bénéficiaires de contrats aidés.

Sources : SIASP, Insee. Traitement DGAFP, département des études et des statistiques.

Toutes catégories confondues, les agents employés dans le secteur public ou parapublic sont très nombreux : on comptait en effet, fin 2013, plus de 5,4 millions d'agents publics dans les trois fonctions publiques, dont un million de non-titulaires, soit, au total, 20,4 % de l'emploi total. Ces pourcentages sont parmi les plus élevés d'Europe (la France n'y est dépassée que par les pays scandinaves). Les statistiques, toutefois, doivent être utilisées avec prudence, d'abord parce que le nombre des non-titulaires est instable et plutôt mal connu, ensuite parce qu'il n'est pas assuré que les enquêtes successives, nationales ou internationales, prennent en compte des données identiques[48]. Un débat récurrent n'en existe pas moins à ce sujet, les partisans du libéralisme économique estimant que le nombre des fonctionnaires constitue une charge trop lourde pour les finances publiques, et devrait donc être réduit, en ne remplaçant, par exemple, que la moitié – voire parfois moins – des fonctionnaires partant en retraite. C'est le choix qu'avait fait le gouvernement Fillon en 2007-2012, mais les gouvernements Ayraut et Valls ont procédé à de nouveaux recrutements.

2. Les règles applicables aux fonctionnaires

Les conditions d'emploi dans la fonction publique sont bien plus encadrées que celles du secteur privé, particulièrement en ce qui concerne les modes de recrutement et le déroulement des carrières : l'expression « situation statutaire et réglementaire » prend ici tout son sens.

1. Le recrutement

Il se fait par **concours**, excepté dans des cas limitativement prévus par la loi. Ces cas visent surtout la haute fonction publique : certains emplois auxquels il est pourvu en conseil des ministres (ambassadeurs, recteurs, préfets) sont dits « à la discrétion du gouvernement » et leurs titulaires peuvent être révoqués de la même manière ; d'autre part, il existe un **tour extérieur** dans certains grands corps de contrôle (Conseil d'État, Cour des comptes, inspections générales) : le gouvernement peut y nommer une certaine proportion de personnes de son choix, à condition toutefois qu'elles possèdent les capacités requises par la fonction[49]. Il existe également, dans la catégorie C, des emplois dits **« réservés »**, auxquels peuvent être nommées des personnes considérées comme méritant une attention particulière (pensionnés ou veuves de guerre, travailleurs handicapés). Mais ces deux séries d'exceptions ne concernent qu'un très petit nombre de personnes.

Depuis 2006, un nouveau mode de recrutement dans les corps et cadres d'emploi de catégorie C des trois fonctions publiques a été mis en place : le PACTE (Parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, hospitalière et d'État). Ouvert aux jeunes de 16 à 25 ans, c'est un contrat de droit public d'une durée d'un an minimum à deux ans maximum alternant formation et stage. Il permet d'intégrer la fonction publique en qualité de fonctionnaire titulaire à l'issue d'une vérification d'aptitude.

L'admission à concourir est soumise à certaines **conditions** : les unes sont particulières à chaque concours (âge, diplôme requis), d'autres, énumérées par le statut, sont d'application générale. Il faut être de nationalité française, réserve faite des emplois « *ne comportant aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique* » qui sont ouverts, conformément au traité de Rome, aux ressortissants des autres pays de l'Union européenne. Il faut également avoir la jouissance de ses droits civiques et remplir les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice de la fonction. Et, malgré le principe constitutionnel d'égal accès de tous les citoyens aux emplois publics, il n'existe pas de véritable droit à concourir, car l'administration peut lui imposer certaines restrictions dans l'intérêt du service : si celles qui

48. En France, par exemple, certaines de ces enquêtes comptabilisent les enseignants des établissements scolaires privés sous contrat ou les personnels de La Poste, alors que d'autres ne le font pas. Et tous les pays, on l'a vu, n'adoptent pas une conception identique de la fonction publique : ainsi la Grande-Bretagne n'y inclut-elle pas les enseignants.

49. Cette condition a été posée par la décision du Conseil constitutionnel relative à une loi de 1984 qui étendait les possibilités de recrutement au tour extérieur. Elle a été reprise par le Conseil d'État dans un arrêt annulant une nomination qui apparaissait comme dictée par le favoritisme plutôt que par les compétences de l'intéressé (16 décembre 1988, *Association générale des administrateurs civils c. Dupavillon*).

visaient les femmes ont pratiquement disparu, subsiste la possibilité d'écarter un candidat dont le comportement actuel ou passé peut faire craindre qu'il ne présente pas les garanties de neutralité requises (cette appréciation, qui ne saurait se fonder uniquement sur des opinions politiques ou philosophiques, est naturellement soumise au contrôle du juge).

Le **principe d'égalité** reprend ses droits avec la réglementation des concours, qui est particulièrement minutieuse. L'impartialité du jury doit être totale : s'il comprend, par exemple, une personne apparentée à l'un des candidats ou ayant déclaré antérieurement que l'emploi à pourvoir ne devrait pas être occupé par une femme, le concours peut être annulé au contentieux. Le jury doit également être, dans la mesure du possible, *unique* ; s'il lui faut se subdiviser en groupes d'examinateurs par suite du grand nombre des candidats, une péréquation doit être opérée lorsque les séries de notes sont trop disparates. Et le classement final des candidats lie l'administration : elle n'est pas tenue de nommer tous les candidats reçus, mais doit impérativement suivre l'ordre de mérite décidé par le jury[50].

Il existait traditionnellement deux sortes de **concours** : l'un, dit *externe* (ou concours étudiant), ouvert aux candidats satisfaisant aux conditions de diplômes ; l'autre, dit *interne* (ou concours fonctionnaire), réservé aux agents (qu'ils soient fonctionnaires ou non titulaires) ayant une certaine ancienneté de services, mais dispensés de la possession de ces diplômes ; souvent, une préparation à ce concours leur est proposée par l'administration. Un *troisième concours* est désormais ouvert à des personnes ayant travaillé dans les milieux associatifs, syndicaux et autres. Les concours internes et externes coexistent très fréquemment, y compris pour l'agrégation et l'entrée à l'ENA. Enfin, un nouveau type de concours, dit *spécial*, est récemment apparu : il est destiné à faciliter l'intégration d'agents non titulaires (maîtres-auxiliaires, emplois jeunes, etc.) dans la catégorie des fonctionnaires.

Les candidats reçus à un concours ne sont pas encore opérationnels : c'est pourquoi une période de **formation** à l'emploi est généralement prévue, pendant laquelle ils auront la qualité de **stagiaires**. La titularisation intervient à l'issue de cette période pour la presque totalité d'entre eux, mais peut être refusée s'il apparaît qu'un stagiaire, malgré son succès au concours, n'a pas les qualités requises pour occuper la fonction.

2. Le déroulement de la carrière

Il est également réglementé, en ce qui concerne aussi bien les positions dans lesquelles peuvent se trouver les fonctionnaires que leur avancement et leur cessation de fonctions.

a) Les positions des fonctionnaires

Déterminées par le statut général, elles sont au nombre de cinq[51]. La première est la position d'**activité** : le fonctionnaire exerce effectivement l'un des emplois correspondant à son grade, habituellement à temps complet, mais parfois à temps partiel (par exemple, s'il – ou plus souvent elle – demande à ne pas travailler le mercredi pour s'occuper de ses enfants). Il arrive aussi que des fonctionnaires soient « prêtés » à une autre administration qui ne dispose pas d'emplois budgétaires correspondant à des fonctions qu'elle doit cependant accomplir : lorsqu'une telle procédure, dénommée *mise à disposition*, est utilisée, l'agent demeure juridiquement rattaché à son administration d'origine et rémunéré par elle.

La deuxième position est le **détachement** : l'agent est pareillement prêté pour un temps à une autre administration[52] mais il est rémunéré par celle-ci, intégré dans un autre corps et soumis aux règles de la fonction qu'il exerce ; il conserve toutefois ses droits à avancement dans son administration d'origine. La position **hors cadre**, troisième de la liste, amplifie en quelque sorte le détachement, car le fonctionnaire peut demander à bénéficier des droits à avancement et à la retraite de son nouveau corps s'ils lui paraissent plus avantageux ; mais il peut aussi demander à être réintégré dans son ancien corps.

La quatrième position est la **disponibilité**, qui place le fonctionnaire hors de son administration d'origine en lui faisant perdre ses droits à l'avancement et à la retraite (réserve faite des points qu'il a déjà acquis). Elle peut être prononcée soit d'office, lorsque l'intéressé, à l'expiration de congés de maladie successifs, n'est pas en état de reprendre son activité, soit sur sa demande, c'est-à-dire *pour convenances personnelles*. La cinquième position est le **congé parental**, qui peut être accordé à l'un ou l'autre des parents pour élever son enfant ; sa durée maximum est de trois ans.

b) La notation et l'entretien annuel individuel

La notation était faite annuellement par le responsable hiérarchique et comprenait une note chiffrée allant de 0 à 20 ainsi qu'une appréciation générale sur la manière de servir. Après plusieurs expérimentations, deux décrets de juin et juillet 2010 ont **supprimé** ce mode traditionnel et l'ont remplacé par un **entretien d'évaluation individuel** annuel. Ce système a été généralisé dans les services de l'État depuis 2012, avant de l'être dans la fonction publique territoriale et dans les services hospitaliers. Inspiré des méthodes utilisées dans le secteur privé, cet entretien, mené par le supérieur hiérarchique direct de l'agent et qui comporte des modalités spécifiques pour les enseignants, les magistrats et les policiers, doit prendre en compte, entre autres, *« les résultats professionnels obtenus par le fonctionnaire et leurs perspectives d'amélioration, la manière de servir, les*

50. De son côté, le jury n'est pas obligé de déclarer admis autant de candidats qu'il y a de postes à pourvoir si les prestations de certains candidats lui paraissent insuffisantes. À l'inverse, l'habitude s'est prise, lorsque tous les postes peuvent être pourvus, d'établir une liste complémentaire : celle-ci permet de pallier d'éventuels désistements de candidats reçus, et de recruter des fonctionnaires plutôt que des non-titulaires si des vacances de postes apparaissent dans l'année qui suit le concours.

51. Il existait à l'origine une sixième position qui correspondait à l'accomplissement du service national, mais elle n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt historique.

52. Ce peut être aussi une entreprise publique, voire une organisation internationale. Un fonctionnaire élu au Parlement ou devenant membre du gouvernement est également placé en position de détachement.

acquis de l'expérience professionnelle, l'éventuelle capacité d'encadrement, les besoins de formation et les perspectives d'évolution professionnelle en termes de carrière et de mobilité». Il doit aussi préciser les objectifs assignés à l'activité de l'agent pour l'année à venir.

c) L'avancement

Il se fait d'échelon en échelon et de grade en grade. L'un et l'autre interviennent de façon continue, c'est-à-dire par franchissements successifs de chacun des degrés, et dépendent à la fois de l'*ancienneté* et de la *valeur professionnelle*. Mais l'avancement d'échelon implique seulement une augmentation de traitement, les attributions de l'agent demeurant identiques, tandis que l'avancement de grade a également une signification fonctionnelle, son bénéficiaire se voyant en principe confier des attributions plus importantes. C'est pourquoi tous les fonctionnaires bénéficient d'avancements d'échelon, alors que les avancements de grade sont contingentés et généralement soumis soit à la procédure de l'inscription au tableau d'avancement, établi après avis de la CAP (commission administrative paritaire), soit à la réussite à un examen professionnel.

Dans certains corps, ou pour l'occupation de certains emplois, la **mobilité** est une condition préalable à l'avancement de grade : qu'elle ait lieu d'une fonction publique à une autre ou, au sein d'une même fonction publique, dans un corps différent, elle diversifie en effet l'expérience professionnelle et, à ce titre, le statut la considère comme recommandable pour les titulaires d'emplois d'encadrement. Par ailleurs, lorsqu'un avancement de grade s'accompagne de la nomination dans un emploi impliquant une mobilité, l'intéressé est tenu d'accepter cet emploi sous peine d'être radié du tableau d'avancement.

d) La cessation de fonctions

Elle intervient normalement lorsque le fonctionnaire atteint la **limite d'âge**, qui varie sensiblement selon les emplois exercés (elle allait par exemple, de 50 ans pour quelques catégories dites «actives», comme certains fonctionnaires de police, à 68 ans pour certains membres des grands corps de contrôle ou les professeurs d'université). La réforme générale des retraites intervenue en 2010 a entraîné des modifications de ce régime : comme dans le secteur privé, les limites d'âge inférieures ou égales à 60 ans sont retardées de deux années ; de plus, le dispositif de départ anticipé en faveur des fonctionnaires parents de trois enfants a été progressivement fermé[53].

Il existe trois autres causes de cessation de fonctions : la *démission* ; le *licenciement*, qui peut intervenir soit lorsqu'un emploi est supprimé et que son titulaire refuse successivement trois propositions de reclassement, soit lorsque l'agent ne remplit plus les conditions nécessaires pour entrer dans la fonction publique (par exemple, s'il est déchu de ses droits civiques) ; enfin la *révocation,* qui est la plus grave des sanctions disciplinaires (voir plus loin).

3. Les droits et les obligations

La spécificité de la fonction publique se marque également dans les droits reconnus aux fonctionnaires et les obligations auxquelles ils sont astreints : plus avantageuse sur certains points que celle des travailleurs du secteur privé, moins favorable sur certains autres, leur situation est en tous cas différente, car indissociable des principes du service public auquel ils appartiennent.

a) Les droits

- **Les droits liés à l'occupation d'un emploi**

C'est naturellement le cas de la **rémunération**, qui est déterminée de façon précise par la grille indiciaire : valable pour tous les fonctionnaires, cette grille fait correspondre des indices équivalant à une certaine rémunération avec des emplois, des corps, des grades et des échelons. Au sein d'un même corps, tous les agents se trouvant à un stade identique de leur carrière professionnelle perçoivent le même traitement, et il est presque impossible d'augmenter la rémunération de l'un des corps car l'opération aurait des répercussions sur l'ensemble de la grille.

À la rémunération s'ajoutent **diverses primes et indemnités**. Les unes sont fixes, comme le supplément familial de traitement, l'indemnité de résidence, ou celle qui compense les sujétions propres à un emploi[54]. D'autres sont modulables, telles les primes de rendement et la prime de fonctions et de résultats, qui s'est progressivement généralisée avant d'être remplacée, en 2015-2016, par un nouveau régime indemnitaire, le **RIFSEEP** (régime indemnitaire tenant compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel). Est aussi modulable la nouvelle bonification indiciaire (NBI), attribuée depuis 1991 aux fonctionnaires qui occupent des emplois impliquant une responsabilité spécifique, par exemple la direction d'un établissement d'enseignement, ou qui impliquent une technicité particulière. Quelques-unes, enfin, sont plus ou moins officieuses, car instituées non pas par une loi ou un décret, mais par une décision interne à un ministère. L'administration voit souvent dans les primes le moyen d'étoffer des rémunérations sans toucher à la grille, et parfois la possibilité d'éviter le «pantouflage»[55], ou d'attirer dans la fonction publique des personnes dont les qualifications lui sont utiles, mais auxquelles le secteur privé offre souvent des rétributions supérieures. Si justifiées que puissent paraître ces raisons, il n'en demeure pas moins que le système semble à la fois compliqué et opaque malgré les réformes récentes du système.

Appartiennent également à cette catégorie le droit à des **avantages sociaux**, tel le régime des congés de maladie, qui est plutôt plus favorable que dans le secteur privé (les fonctionnaires en congé maladie continuent d'être rémunérés par leur administration), ainsi que le droit à la **formation continue** (accru par la loi de modernisation de la

53. Par ailleurs, une loi en vigueur depuis le 1er janvier 2004 avait allongé la durée de fonction nécessaire pour l'obtention d'une pension complète (de 150 trimestres nécessaires avant 2004 à 160 trimestres nécessaires en 2008). Et la réforme de 2010 a progressivement aligné le taux de cotisation des fonctionnaires sur celui du secteur privé : il sera porté de 7,85 % à 10,55 % en dix ans.

54. Ces primes comprennent aussi bien l'indemnité de chaussures accordée aux cantonniers que les frais de représentation alloués aux diplomates.

55. On appelle ainsi le départ de fonctionnaires occupant souvent des postes élevés vers le secteur privé, qui leur offre des conditions plus attractives.

fonction publique adoptée en 2007), y compris pour préparer un concours donnant accès à un grade supérieur, et des prestations sociales comme les restaurants administratifs à prix réduit et les aides au logement : sur ces deux derniers points, les régimes public et privé se sont nettement rapprochés.

Il faut mentionner enfin la **protection fonctionnelle** des agents, qui est spécifique à la fonction publique. D'une part, lorsqu'un agent fait l'objet de menaces par suite d'un fait survenu dans l'exercice de ses fonctions, l'administration doit lui venir en aide, éventuellement par la voie d'une action pénale, afin que ces attaques cessent et que le préjudice qu'elles ont causé soit réparé ; cette protection doit être accordée même si l'agent a commis une erreur ou une maladresse. D'autre part, le régime de la *responsabilité civile des fonctionnaires* est particulièrement favorable, puisque s'ils commettent une faute qui peut être qualifiée (hypothèse très fréquente) de faute de service et non pas de faute personnelle, c'est l'administration qui réparera les dommages résultant de cette faute (voir page 151).

- **Les droits qui se rattachent aux libertés publiques**

Ces droits sont parfois contrebalancés par les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des services publics. Ainsi la **liberté d'opinion** et **d'expression** est-elle reconnue aux fonctionnaires, ce qui interdit notamment de faire figurer dans leur dossier des indications relatives à leurs appartenances politiques, religieuses ou syndicales. Mais cette liberté doit être conciliée avec les **principes de neutralité et de réserve**. Un fonctionnaire doit bien entendu traiter de manière égale les usagers du service, mais il lui faut aussi s'abstenir de manifestations extérieures révélant ses convictions. Et il ne peut, surtout en dehors du service, critiquer de façon trop acerbe ses supérieurs hiérarchiques, ni la politique du gouvernement : cette règle s'applique de manière particulièrement stricte aux fonctionnaires de responsabilité, mais elle s'atténue lorsque les intéressés sont élus au Parlement en qualité de membres de l'opposition (selon l'une des dispositions du statut, les critiques qu'ils formulent à l'égard des dirigeants, à la tribune de l'assemblée ou au cours des campagnes électorales, ne peuvent porter préjudice à leur carrière).

Le droit de **grève** est également reconnu, depuis 1946, mais on sait que son exercice peut être soumis à certaines limites en raison du principe de continuité du service public (voir page 124). Le droit **syndical**, en revanche, est admis sans restriction et constitue un vecteur de participation des agents à la gestion – au sens large – des services. D'une part, les organisations syndicales les plus représentatives (c'est-à-dire celles qui ont obtenu le plus de voix aux élections professionnelles) sont les partenaires du gouvernement dans les négociations salariales instituées en 1968. D'autre part, leurs délégués siègent dans les organismes paritaires de concertation, auxquels le statut accorde des compétences d'avis ou de décision importantes. Ces organismes sont les suivants :
– les *commissions administratives paritaires* (CAP), constituées dans chacun des corps de la fonction publique[56] : elles sont obligatoirement consultées sur *« les décisions individuelles intéressant les membres du corps »*, en particulier les avancements, les mutations et les sanctions disciplinaires ; pour les agents non titulaires ont été instituées, dans le même esprit, des *commissions consultatives paritaires* (CCP) ;
– les *comités techniques*, qui sont beaucoup moins nombreux (il en existe un par ministère ou par grand service) : ils traitent de questions générales relatives à l'organisation ou au fonctionnement du service ;
– les *comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (*CHSCT), qui sont en nombre sensiblement égal à celui des comités techniques ;
– les trois *Conseils supérieurs de la fonction publique* (un pour chaque fonction publique) sont obligatoirement consultés sur les projets de statuts particuliers ou de classement indiciaire des grades et des emplois ; ils jouent également le rôle d'instances de recours contre les sanctions ou les avancements décidés par l'administration après avis d'une CAP (ils n'ont pas le pouvoir de les annuler, mais peuvent émettre des recommandations à leur sujet). Le Conseil supérieur de la fonction publique de l'État est présidé par le ministre de la Fonction publique, assisté de membres de l'administration ; les 20 sièges des représentants du personnel sont, depuis la réforme de 2010, répartis entre les organisations syndicales au prorata des résultats aux élections des comités techniques ;
– un *Conseil commun de la fonction publique* est chargé d'examiner les questions communes aux trois fonctions publiques.

Les **avis** formulés par ces différentes instances influent généralement de manière assez forte sur les décisions qui seront prises, à la fois parce que le principe de participation est bien ancré, et parce que l'administration sait qu'une décision qui a reçu l'aval – ou du moins n'a pas suscité d'opposition – des organismes paritaires a toutes chances de ne pas provoquer de contestations ultérieures.

b) Les obligations

- **Les trois obligations fondamentales imposées par le statut**

Elles s'ajoutent aux contraintes résultant des principes de fonctionnement des services publics.

– Il s'agit d'abord de l'obligation de **se consacrer à sa fonction**. Les agents ne peuvent exercer une autre activité professionnelle lucrative, à l'exception des enseignements et des activités littéraires ou artistiques. Dans la même logique, ils sont soumis à un **« devoir de probité »** qui leur interdit d'avoir, directement ou par personne interposée, des intérêts dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou ayant des relations avec celle-ci : ils ne sauraient, par exemple, négocier ou passer un contrat avec une entreprise dont ils sont actionnaires. Et ce devoir de probité subsiste après la cessation des fonctions : pendant cinq ans, un fonctionnaire qui était chargé du contrôle d'une entreprise ne peut prendre une participation dans celle-ci.

– Vient ensuite l'obligation de **discrétion professionnelle** et de **secret**. Un fonctionnaire ne doit pas dévoiler les informations qu'il détient en raison de son activité et qui sont couvertes par le secret professionnel, par exemple

56. Si les corps sont très importants, comme celui des professeurs des écoles, il existe une CAP nationale et des CAP locales, généralement compétentes pour un département.

dans le domaine médical ou fiscal. De manière générale, il ne doit pas non plus divulguer les faits ou documents dont il a connaissance, sauf si sa hiérarchie l'y autorise. Mais cette règle est battue en brèche par le *droit d'obtenir communication des documents administratifs* reconnu au public par la loi du 17 juillet 1978 (voir page 115), et la CADA comme le juge doivent parfois opérer de subtiles conciliations entre les deux textes.

– Enfin, est imposée l'obligation d'**obéissance hiérarchique**. Tout fonctionnaire, conformément au principe de la hiérarchie administrative, est tenu de se conformer aux instructions qu'il reçoit de ses supérieurs sous peine d'être taxé d'insubordination. Une exception a été toutefois apportée à cette obligation, d'abord par la jurisprudence, ensuite par le statut : le fonctionnaire n'est pas tenu – et doit même refuser – d'obéir à un ordre *« manifestement illégal et de nature à compromettre gravement l'intérêt public »*, par exemple en inscrivant irrégulièrement une personne sur les listes électorales.

En outre, la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires a inscrit dans les textes statutaires des obligations jusqu'alors jurisprudentielles : **dignité, impartialité, intégrité, probité, neutralité, respect de la laïcité**. La loi ne fait toutefois pas mention du devoir de réserve : il a été jugé préférable de laisser au juge le soin de définir les cas où cette obligation, qui tient compte du contexte, est applicable. L'inscription dans la loi statutaire d'obligations jusqu'alors jurisprudentielles a peu d'intérêt sur le plan juridique. Elle tend surtout à affirmer l'exemplarité de la fonction publique et de ses valeurs et à faire du statut un sujet de fierté et un levier de motivation.

- **Les manquements aux obligations des fonctionnaires**

Ils peuvent donner lieu à des **sanctions disciplinaires**. En certains cas, tels que les violences ou les malhonnêtetés, ces manquements constituent aussi des *infractions pénales* susceptibles de faire l'objet de poursuites judiciaires, mais les deux procédures sont indépendantes l'une de l'autre. D'une part, contrairement à l'adage *« non bis in idem »,* une même faute peut être sanctionnée à la fois par l'une et l'autre voies. D'autre part, l'administration n'est pas liée par la décision juridictionnelle (excepté pour ce qui concerne la constatation de l'existence matérielle d'un fait) : elle peut prononcer une sanction en dépit d'un acquittement[57] et, à l'inverse, ne pas engager de procédure disciplinaire alors qu'il y a eu condamnation ; elle doit toutefois tirer les conséquences d'une condamnation entraînant la perte des droits civiques, c'est-à-dire révoquer l'intéressé.

- **La procédure disciplinaire**

Elle est aménagée de manière à proscrire l'arbitraire et les injustices. En premier lieu, la liste des **sanctions possibles** est fixée par le statut et divisée en quatre groupes de gravité croissante :

– le premier groupe comprend l'avertissement, qui ne fait pas l'objet d'une inscription au dossier du fonctionnaire, et le blâme ;
– le deuxième inclut la radiation du tableau d'avancement, l'abaissement d'échelon, une exclusion temporaire de fonctions qui ne peut excéder quinze jours et le déplacement d'office ;
– le troisième comprend la rétrogradation et une exclusion temporaire allant de trois mois à deux ans ;
– le quatrième prévoit la mise à la retraite d'office et la révocation.

L'administration dispose par ailleurs du droit de prendre une mesure conservatoire qui ne constitue pas une sanction : lorsqu'un fonctionnaire semble avoir commis une faute grave et que son maintien en fonction jusqu'au terme de la procédure disciplinaire s'avère préjudiciable à la bonne marche du service, il peut être *suspendu* pendant une durée maximum de quatre mois ; la suspension peut cependant être prolongée, si des poursuites pénales sont parallèlement engagées, jusqu'au prononcé du jugement.

Le processus disciplinaire, de son côté, est très **protecteur des droits** de l'intéressé. Celui-ci doit être avisé de l'éventualité d'une sanction et mis à même de prendre connaissance de l'intégralité de son dossier. Puis, excepté pour les sanctions du premier groupe, la CAP est saisie de l'affaire : l'intéressé a le droit d'assister à la séance et de se faire accompagner d'une ou plusieurs personnes de son choix (collègues de travail, syndicalistes ou, de plus en plus souvent, avocats). La CAP rend ensuite un avis motivé qui est transmis à l'autorité hiérarchique compétente pour prononcer la sanction : celle-ci n'est pas liée par l'avis, mais si elle s'en écarte, elle doit informer la CAP de ses raisons.

- **Les voies de recours ouvertes aux agents**

L'agent dispose à son choix – ou cumulativement – de trois voies de recours contre la sanction : devant le supérieur hiérarchique de l'auteur de celle-ci, devant le Conseil supérieur de la fonction publique concerné et devant le juge administratif. Ce dernier exerce sur l'ensemble de la procédure disciplinaire un contrôle qui va en s'approfondissant : il accepte désormais de connaître des sanctions de faible importance, qu'il considérait auparavant comme des mesures d'ordre intérieur non susceptibles de recours, et vérifie la proportionnalité des sanctions prononcées à la nature des fautes commises. L'agent est ainsi protégé contre les mesures pouvant nuire à sa carrière à la fois par l'intervention de ses pairs et par l'action du juge.

* * *

Depuis un siècle, la fonction publique s'est considérablement étoffée et diversifiée, en raison de l'extension des missions dévolues aux pouvoirs publics, mais aussi du progrès social : l'accroissement – jusqu'à la période récente marquée par un processus inverse – du nombre des enseignants, qui forment les gros bataillons de fonctionnaires, de même que celui des personnels hospitaliers, s'expliquent par le fait que l'accès à l'enseignement secondaire et aux établissements de soins est aujourd'hui sans commune mesure avec ce qu'il était auparavant.

57. On peut citer à cet égard l'exemple d'une enseignante qui avait giflé deux de ses élèves : acquittée au pénal, elle a néanmoins subi une sanction disciplinaire.

Dans le même temps, les caractéristiques du système ont évolué. D'une part, sous l'influence des idéaux démocratiques qui prévalaient à la Libération, les sujétions considérées comme inhérentes au service de l'État se sont atténuées : le droit de grève et le droit syndical ont été reconnus aux fonctionnaires, et le rôle des syndicats a pris dans maints domaines une importance notable. D'autre part, du point de vue de la condition professionnelle, un certain rapprochement s'est opéré avec les salariés du secteur privé, par exemple pour le droit à la formation continue ou à des avantages sociaux. Deux différences importantes et en quelque sorte symétriques subsistent toutefois : les fonctionnaires bénéficient de la sécurité de l'emploi, tandis que les salariés du secteur privé, surtout dans les emplois élevés, perçoivent généralement des rémunérations supérieures.

Par ailleurs, le système n'est pas exempt de toute imperfection. La *gestion prévisionnelle des emplois, des effectifs et des compétences* (GPEEC) y est encore lacunaire, ce qui explique en grande partie les coups d'accordéon du recrutement, puis du licenciement (ou de l'intégration) des agents non titulaires. Les rigidités induites par la *grille indiciaire* sont également en cause, dans la mesure où l'administration est obligée de recourir aux primes et indemnités pour conserver ou attirer les personnels dont elle a besoin. Enfin, est apparu dans les années 1970 un phénomène de *politisation de la haute fonction publique* : lorsque la majorité issue des élections change, elle remplace souvent, à plus ou moins brève échéance, les titulaires des emplois dits « à la discrétion » du gouvernement. S'il est normal que les membres des cabinets, collaborateurs personnels des ministres, quittent leurs fonctions en même temps qu'eux, on peut juger peu efficace de changer une partie des hauts fonctionnaires – directeurs d'administration centrale, recteurs, préfets, dirigeants d'entreprises publiques, etc. Dans d'autres pays, notamment en Grande-Bretagne, les hauts fonctionnaires traversent les alternances sans heurt et sans dommage pour l'intérêt général. On peut penser qu'il n'en irait sans doute pas différemment en France, et que l'impartialité de l'administration en serait renforcée.

Titre 3

Le contrôle de l'administration

Chapitre 1 L'organisation de la justice administrative

Chapitre 2 Le fonctionnement de la justice administrative

Chapitre 3 Les autres formes de contrôle

Tout pouvoir doit être contrôlé : c'est une loi fondamentale de la démocratie, et l'administration ne saurait y échapper. D'abord parce que son action – ou son inaction – peut avoir des conséquences considérables pour le devenir de la collectivité comme pour les droits et intérêts des citoyens. Ensuite parce que les règles auxquelles elle a été progressivement soumise demeureraient lettre morte si des instances indépendantes ne veillaient pas à ce qu'elle les respecte. Pour toutes ces raisons, les formes de contrôle qui s'exercent sur elle se sont multipliées et diversifiées au fil du temps : il existe des contrôles principalement axés sur la régularité et d'autres qui s'attachent surtout à l'efficacité, des contrôles internes (par exemple, celui des inspections générales) et externes ; ils peuvent être spécifiques à un secteur, comme celui qui revient aux autorités administratives indépendantes, ou très généraux, notamment le contrôle contentieux. C'est ce dernier type de contrôle qui a la plus grande importance.

Chapitre 1
L'organisation de la justice administrative

La compétence des tribunaux et le droit qu'ils appliquent sont en principe indissociables. Comme l'administration est généralement soumise au droit public, mais que certains de ses actes – on l'a vu dans un chapitre précédent – relèvent du droit privé, elle peut être jugée par l'un ou l'autre des deux ordres de juridictions. Il convient donc de décrire les grandes lignes de l'organisation juridictionnelle avant d'aborder le fonctionnement de la justice administrative, dont le rôle l'emporte sur celui des tribunaux judiciaires en ce qui concerne l'activité de l'administration.

1. L'organisation juridictionnelle

Il existe en France deux ordres de juridictions : les juridictions **judiciaires**, coiffées au sommet par la Cour de cassation, et les juridictions **administratives**, placées sous le contrôle du Conseil d'État. Les premières sont chargées de régler les litiges entre particuliers, auxquels elles appliquent en principe les règles du droit privé. Les secondes jugent les litiges auxquels l'administration est partie et elles leur appliquent en principe les règles du droit administratif.

1. La distinction des contentieux

La séparation des autorités administratives et judiciaires est une illustration du principe de séparation des pouvoirs. Le Conseil constitutionnel a jugé à plusieurs reprises qu'il constituait un principe fondamental reconnu par les lois de la République : si le législateur peut, en le mettant en œuvre, déplacer la limite qui sépare les domaines de compétence des deux ordres de juridiction, il ne pourrait pas décider purement et simplement la suppression de la juridiction administrative. Ce serait inconstitutionnel. Et le Conseil a aussi jugé que tous les recours visant à faire annuler les décisions prises par les autorités publiques ou les organismes publics placés sous leur autorité ne pouvaient relever, en vertu d'un principe constitutionnel, que de la justice administrative (voir encadrés page 138).

Simple dans son principe, la distinction entre les domaines du juge administratif et du juge judiciaire s'avère cependant **source de complications** dans la réalité. Pour des raisons multiples. Certaines sont d'origine historique : pendant très longtemps, le Conseil d'État est apparu comme très lié à l'administration et on le suspectait d'être plus sensible à son point de vue qu'aux droits des particuliers. On hésitait donc à lui confier la compétence de juger les affaires où étaient en cause la liberté individuelle ou le droit de propriété, et il reste des traces de cette méfiance ancienne, même si elle n'était plus justifiée au XX^e^ siècle : par exemple, la fixation des indemnités d'expropriation, déterminées au terme d'une procédure complexe où le juge administratif est compétent pour juger les recours susceptibles d'être intentés à l'occasion de toutes les phases antérieures, reste, actuellement encore, de la compétence du juge *judiciaire*. De même, on l'a vu, c'est à l'autorité judiciaire que l'article 66 de la Constitution actuelle confie la garantie de la liberté individuelle, y compris lorsque l'atteinte à cette liberté est portée par des autorités administratives. Il a donc fallu interpréter le sens de cette disposition pour fixer la ligne exacte de partage entre les compétences des deux ordres de juridiction, et cela a donné lieu à une jurisprudence très subtile et souvent compliquée.

Un exemple de transfert autorisé d'un « bloc de compétences » d'un ordre juridictionnel à l'autre : les accidents de véhicule

En analysant les décisions de justice rendues, on avait constaté que la réparation des accidents de voiture créait des iniquités évidentes. Les tribunaux judiciaires, compétents pour juger de l'indemnisation des dommages créés par les accidents entre particuliers, se montraient dans l'ensemble plus généreux, à la fois pour la définition des préjudices reconnus et pour la fixation du montant des indemnités, que les tribunaux administratifs, compétents pour réparer les dommages créés par des véhicules administratifs. Si vous aviez la malchance d'être renversé par une voiture, mieux valait donc que ce soit par celle de votre voisin que par un véhicule des Ponts et Chaussées.

Pour éviter ces disparités choquantes, le législateur a décidé, par la loi du 31 décembre 1957, que désormais le juge judiciaire serait compétent pour juger toutes les actions en responsabilité liées à un accident de véhicule, que celui-ci appartienne à une administration ou à un particulier.

Un exemple de transfert interdit : la décision du Conseil constitutionnel du 28 juillet 1989

Lorsqu'un étranger est entré en France de façon irrégulière et qu'il est arrêté par la police, il peut faire l'objet d'une décision de reconduite à la frontière, prise par le préfet et qui autorise l'administration à le renvoyer à l'étranger. Celle-ci peut aussi le « retenir » dans un local clos et donc le priver de sa liberté, pendant le temps nécessaire à l'exécution de la mesure. La décision de reconduite est une décision *administrative*, dont le contentieux relève normalement du juge administratif. En revanche, en vertu de l'article 66 de la Constitution, qui réserve à l'autorité judiciaire la garantie de la liberté individuelle, le contrôle de la « rétention » a été confié par la loi au juge *judiciaire*. Si l'étranger veut contester les deux, ce qui est fréquent, il devra saisir deux juges différents. Le législateur avait donc pensé simplifier les choses, en 1989, en décidant de confier l'ensemble du contentieux (décision de reconduite et mise en rétention) au juge judiciaire.

Le Conseil constitutionnel a déclaré la loi inconstitutionnelle sur ce point : la décision de reconduite est une décision prise par une autorité publique dans le cadre de prérogatives de puissance publique. Son contentieux ne peut donc appartenir qu'au juge administratif. Et il a fallu continuer à saisir deux juges différents.

Par ailleurs, le développement de l'interventionnisme économique a entraîné une **extension** considérable des **pouvoirs de l'administration** et celle-ci a parfois choisi de ne pas les exercer elle-même, mais d'en confier l'exercice à des personnes privées. Par exemple, les fédérations sportives (football, basket, etc.) sont des associations de statut *privé*. Elles peuvent cependant, par délégation de l'État, prendre des décisions unilatérales très graves pour ceux qui en sont l'objet (radiation ou suspension pour dopage, qui sont des sortes d'interdiction professionnelle, temporaire ou définitive ; rétrogradation de clubs dans les divisions inférieures, qui entraîne des conséquences financières très importantes pour les clubs concernés). Le juge administratif a donc considéré que ces décisions ne pouvaient pas constituer une forme ordinaire de relations entre particuliers et que, analogues aux décisions exécutoires dont on a parlé plus haut, elles constituaient une forme d'*exercice de la puissance publique* ; cela l'a conduit à affirmer sa compétence pour juger les recours intentés contre ces décisions, alors même qu'ils ne mettent en présence que des personnes privées (une fédération et un sportif professionnel, par exemple).

Les **limites** entre les compétences des deux ordres de juridiction sont donc souvent floues et il n'est pas toujours évident de les préciser de façon claire. On a parfois essayé de les simplifier, comme on l'a vu plus haut avec l'exemple des accidents de véhicule. Mais la simplification a fait naître de nouvelles complications. Depuis le début du XIXe siècle, les accidents liés aux opérations de travaux publics sont de la compétence du juge administratif. Supposons donc un bulldozer (c'est un véhicule) occupé à des travaux de réparation d'une route (qui sont des travaux publics) et qui, à cette occasion, percute une voiture circulant sur la route. Devra-t-on dire qu'il s'agit d'un accident de véhicules, entraînant la compétence judiciaire, ou un accident de travaux publics, ce qui justifierait la compétence administrative ?

Un exemple de délégation de prérogatives de puissance publique à une personne privée : l'arrêt *Magnier* du 13 janvier 1961

Dans cet exemple (déjà cité), c'est à une association, personne privée, que l'administration avait délégué l'organisation de la lutte contre les insectes ennemis des cultures. Mais cette association disposait de prérogatives inhabituelles : l'adhésion de tous les propriétaires agricoles dont les exploitations se situaient dans le département était obligatoire, alors que d'ordinaire, au nom de la liberté d'association, personne ne peut être tenu d'adhérer à une association. Et elle avait le pouvoir de délivrer des états exécutoires, c'est-à-dire des *commandements de payer*, ce qui est d'habitude réservé au pouvoir fiscal. Saisi par un des propriétaires adhérents, M. Magnier, qui contestait qu'on puisse lui imposer le paiement d'une partie d'une dépense à laquelle il n'avait jamais consenti personnellement, le juge administratif a estimé que cette association disposait de prérogatives de puissance publique, et que cela entraînait deux conséquences : bien que le litige ne mette en présence que deux personnes privées (l'association et l'agriculteur), le recours présenté relevait de sa compétence ; et le règlement du litige exigeait l'application du *droit administratif*.

On voit donc qu'il est nécessaire de trouver un **arbitre** qui puisse régler ces « conflits » éventuels de compétence entre ordres juridictionnels. Cet arbitre existe depuis la loi du 24 mai 1872. Il s'agit du Tribunal des conflits.

2. Le Tribunal des conflits

C'est un tribunal paritaire composé de **huit membres** titulaires et de quatre suppléants, élus pour moitié tous les trois ans parmi les conseillers à la Cour de cassation et pour moitié parmi les conseillers d'État.

Une loi du 16 février 2015 a profondément réorganisé le Tribunal. Il était présidé en théorie, depuis 1872, par le ministre de la Justice, même si celui-ci ne siégeait que rarement. Il l'est désormais alternativement par un conseiller d'État, puis par un magistrat du siège de la Cour de cassation, tous deux élus par les membres du Tribunal au scrutin secret et à la majorité des voix. Deux membres du Conseil d'État, choisis parmi les rapporteurs publics, et deux membres du parquet général et de la Cour de cassation sont chargés des fonctions de rapporteurs publics.

Le risque d'un nombre pair, c'est évidemment l'impossibilité éventuelle de dégager une majorité. S'il y a « partage », la loi de 2015 prévoit l'élargissement de la formation de jugement. Deux conseillers d'État et deux magistrats du siège de la Cour de cassation supplémentaires viendront la compléter et l'affaire en litige ne pourra être examinée que si les douze membres de la formation élargie sont présents ou suppléés.

En principe, le Tribunal des conflits est un tribunal particulier, dans la mesure où il ne juge presque jamais les affaires qui lui arrivent. Il doit simplement trancher les conflits d'attribution, c'est-à-dire décider quel ordre de juridiction doit

juger l'affaire qui lui est soumise[1]. Ce n'est donc que très exceptionnellement qu'en réglant les *conflits de décisions*, il est amené à juger une affaire au fond[2] (voir l'affaire *Rosay*, encadré ci-contre).

a) Les conflits d'attribution de compétence

Ils sont de deux sortes.

- **Le conflit positif d'attribution**

C'est un conflit **entre l'administration et un juge judiciaire** à propos de la compétence de ce dernier. Il surgit lorsqu'un tribunal judiciaire a été saisi d'un recours et que l'autorité administrative estime que l'affaire ne relève pas de la compétence judiciaire. C'était le cas dans l'arrêt *Blanco*, en 1872 : le père de la petite Agnès avait intenté un recours devant un tribunal civil à la suite de l'accident, et le préfet a saisi le Tribunal des conflits pour lui demander de constater que, le wagon responsable de l'accident appartenant à l'administration, il revenait à un tribunal de l'ordre administratif de juger.

C'est donc normalement l'administration qui initie la procédure de conflit. Le *préfet* du département où siège le tribunal judiciaire saisi intervient en adressant au ministère public un « déclinatoire de compétence » demandant au tribunal de se déclarer incompétent. Si le tribunal rejette le déclinatoire, ce qui signifie qu'il se considère comme compétent, il doit surseoir à statuer pendant quinze jours, pour laisser au préfet le temps de prendre, s'il continue à penser que le tribunal a tort, un « arrêté de conflit » motivé. Le garde des Sceaux saisit alors le Tribunal des conflits qui, statuant dans un délai d'un mois, **« annule »** l'arrêté de conflit (ce qui permet à la juridiction judiciaire de reprendre l'examen de l'affaire) ou le **« confirme »** (ce qui oblige le requérant à saisir la juridiction administrative dans les deux mois suivant l'arrêt du Tribunal des conflits).

- **Le conflit négatif d'attribution**

Il **oppose les deux ordres de juridiction** entre eux. Il n'est donc pas le contraire du conflit positif qui, on l'a dit, oppose un juge judiciaire à l'administration.

Un plaideur a saisi successivement de la même question un tribunal administratif et un tribunal judiciaire. Chacun d'entre eux s'est déclaré incompétent, en indiquant qu'à son sens, l'affaire relevait de la compétence de l'autre ordre de juridiction. Le plaideur saisit alors le Tribunal des conflits pour lui demander de constater qu'une des deux déclarations d'incompétence est erronée. Le Tribunal **annule** l'une des deux et renvoie le plaideur devant la juridiction qui l'avait rendue.

L'affaire *Rosay*

En 1925, le passager d'une voiture privée est blessé dans une collision avec un véhicule militaire. Il saisit un juge civil qui rejette son action en estimant que la responsabilité de l'accident incombe au conducteur militaire. Il se tourne alors vers le juge administratif qui rejette à son tour sa demande en déclarant que le responsable de l'accident est le conducteur civil. Or, au moins un des deux conducteurs était nécessairement responsable et au moins un des deux juges s'est trompé. Les deux jugements contradictoires ont donc privé la victime de toute possibilité d'obtenir réparation.

L'affaire, qui souleva une forte émotion publique, fut à l'origine du vote de la loi. Elle revint ensuite devant le Tribunal des conflits qui jugea que les deux conducteurs étaient coresponsables de l'accident et condamna l'État et le conducteur privé à payer chacun la moitié du dommage.

Pour accélérer les choses et faciliter la tâche du plaideur, le décret du 25 juillet 1960 a institué ce qu'on appelle deux « procédures de renvoi ». La première est obligatoire : lorsqu'un tribunal d'un premier ordre, par exemple judiciaire, a déjà rendu un jugement d'incompétence et qu'à la suite de ce jugement, un tribunal de l'autre ordre (dans notre exemple, un tribunal administratif) a été saisi de la même affaire, il ne peut plus rendre un deuxième jugement d'incompétence : il doit saisir lui-même le Tribunal des conflits pour lui demander de désigner l'ordre juridictionnel compétent. Cette obligation pèse sur toutes les juridictions, quel que soit le degré où elles se situent (première instance, appel ou cassation). Elle fait donc disparaître les hypothèses de conflit négatif qu'on ne rencontre plus désormais que dans des cas très exceptionnels (un ou deux par an, tout au plus).

La seconde procédure de renvoi est facultative et elle n'est applicable que par la Cour de cassation ou le Conseil d'État : lorsqu'une question soulève une difficulté sérieuse de compétence, l'une de ces juridictions peut saisir le Tribunal des conflits pour lui demander de trancher cette question (voir l'affaire *Société Le Profil*, encadré page 140).

b) Le conflit de décisions

À deux ou trois reprises, après 1872, on a pu constater une faille dans la procédure juridictionnelle. Un plaideur saisit un premier tribunal, par exemple judiciaire. Ce tribunal ne rend pas un jugement d'incompétence mais, jugeant l'affaire au fond, déboute le plaideur. Celui-ci s'adresse alors à un second tribunal, appartenant à l'autre ordre, donc à l'ordre administratif. Ce second tribunal, s'étant à son tour considéré comme compétent, juge le litige et rejette à son tour le recours. On a ainsi une succession de jugements rendus par au moins deux tribunaux appartenant aux deux ordres juridictionnels : ces jugements privent le plaideur de la possibilité d'obtenir réparation. Cela constitue un **déni de justice**.

Pour remédier à cette situation, illustrée par l'affaire *Rosay*, le législateur a voté la loi du 20 avril 1932. Cette loi autorise, en pareil cas, le plaideur à demander au Tribunal des conflits de juger l'affaire **au fond** et, pour sortir de la contradiction, de rendre lui-même la décision qui tranchera définitivement son cas. Le Tribunal a jugé quatre conflits de décisions dans les vingt dernières années.

1. En mai 2015, le Tribunal des conflits a admis la possibilité de récuser l'un de ses membres. L'intéressé avait en effet présidé la formation du Conseil d'État dans l'affaire soumise au Tribunal. Celui-ci a estimé que le juge contesté avait une idée préconçue sur la solution à donner au litige, ce qui jetait un doute sur son impartialité.

2. Au total, il rend chaque année une cinquantaine de décisions.

Un exemple de procédure de renvoi facultatif : l'affaire *Société Le Profil*

On l'a vu, les autorités et les agents de police cumulent souvent deux sortes d'attributions : une mission de protection, de prévention, destinée à empêcher les accidents et les troubles à l'ordre public avant qu'ils ne se produisent (par exemple, l'agent de police qui règle et organise la circulation au carrefour) ; et une mission de *répression,* où ils constatent que des individus ont commis des infractions pour les poursuivre éventuellement devant les tribunaux pénaux (par exemple, le même agent qui siffle un automobiliste ayant grillé un feu rouge et lui dresse un procès-verbal).

La première mission, de prévention, constitue *la police administrative* et les litiges la concernant sont de la compétence de la justice administrative. La seconde, de répression, constitue *la police judiciaire* et, comme elle est inséparable de l'activité des tribunaux pénaux, qui appartiennent à l'ordre judiciaire, les litiges la concernant relèvent des tribunaux de cet ordre (voir page 143).

En décembre 1972, les agents de la société « Le Profil » se rendent à la banque pour y retirer des sommes d'argent très importantes destinées à la paye du personnel. À leur demande, une voiture de police surveille l'opération. Au sortir de la banque, la personne qui porte la valise contenant les fonds est « braquée » par des gangsters qui réussissent à disparaître avec l'argent et qu'on ne retrouvera pas.

La société demande à l'État le remboursement des fonds perdus en invoquant sa responsabilité du fait de l'inefficacité de la police. Un tribunal administratif rejette son recours en mars 1976 et la société fait appel devant le Conseil d'État. La question qui se pose est alors la suivante : le manque d'efficacité de la police résulte-t-il de la mauvaise organisation de la prévention du risque avant et pendant le retrait des fonds (une seule voiture, des policiers qui ne sont pas intervenus, etc.) ou de son action postérieure aux faits (l'incapacité de pister, puis de retrouver les malfaiteurs) ? Dans le premier cas, il y aurait compétence administrative, dans le second, compétence judiciaire.

Le Conseil d'État estima en mars 1978 qu'il y avait un doute sérieux sur la compétence et saisit donc le Tribunal des conflits qui trancha pour la compétence administrative dans un arrêt du 12 juin 1978. Par la suite, le Conseil d'État jugea l'affaire au fond, le 27 avril 1979, et rejeta le recours. En ne faisant pas usage de leurs armes sur une place noire de monde un jour de marché, les policiers n'avaient pas commis de faute lourde.

Cette affaire est **révélatrice** sur deux points :
1) pour se prononcer sur la compétence, le Tribunal des conflits est souvent amené à s'intéresser à des questions de fond (ici, quel est le fait qui a engendré le dommage ?) ;
2) dès qu'il y a des problèmes de compétence, cela rallonge évidemment le délai de jugement des affaires (ici, sept ans).

2. La structure de la juridiction administrative

Comme on l'a dit plus haut, le Conseil d'État a été créé par la Constitution de l'an VIII, qui tirait les conséquences du coup d'État bonapartiste du 18 brumaire. Il était conçu comme un corps d'experts, chargé de conseiller le gouvernement sur toutes les questions juridiques. Il a survécu à cette Constitution et est resté, depuis cette époque, l'une des institutions françaises les plus importantes.

Il a **deux fonctions** essentielles, longtemps très liées entre elles[3] et dont on retrouve la traduction dans son organisation : une fonction **consultative,** qui conduit le gouvernement à le consulter sur tous les problèmes juridiques importants qu'il rencontre, et qui amène le Conseil d'État à donner des **avis** ; et une fonction **juridictionnelle**, dans laquelle il rend des **arrêts**. Pendant très longtemps, il a été saisi du plus grand nombre des litiges mettant en cause l'administration. À la suite de deux réformes importantes, en 1953 puis en 1987, qui ont créé d'abord les tribunaux administratifs puis les cours administratives d'appel, son rôle a fortement changé. L'organisation et le fonctionnement de la justice administrative sont maintenant fixés par le Code de justice administrative, édicté par une ordonnance et des décrets du 4 mai 2000.

1. L'organisation du Conseil d'État

Plusieurs fois remaniée, cette organisation l'a été en dernier lieu par un décret du 6 mars 2008, qui y a apporté des changements non négligeables.

a) Les membres du Conseil

Le Conseil d'État comprend, en 2016, 300 membres[4]. Certains d'entre eux y font toute leur carrière. Recrutés à la sortie de l'ENA comme auditeurs, ils deviennent ensuite maîtres des requêtes. Le quart des emplois vacants de maîtres des requêtes peut cependant donner lieu à un recrutement au tour extérieur en faisant appel, comme le nom l'indique, à des personnes extérieures au Conseil, âgées de trente ans au moins et ayant au moins dix ans de service public, ce qui permet de diversifier le recrutement.

3. Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, il ne suffit pas qu'un tribunal soit impartial ; il faut aussi qu'il apparaisse comme tel et que son impartialité ne puisse pas donner lieu à soupçon. C'est pour respecter cette exigence que le décret du 6 mars 2008 a séparé complètement les activités administratives et contentieuses du Conseil, alors qu'elles étaient antérieurement très liées. Lorsque des conseillers ont participé aux délibérations ayant conduit à un avis sur un texte, ils ne peuvent plus participer au jugement des recours dirigés contre ce texte ; de même, le président de la section administrative concernée ne peut pas participer à l'Assemblée du contentieux, lorsque celle-ci est saisie du recours.

4. 200 conseillers, maîtres des requêtes et auditeurs sont en service au Conseil et 100 en service à l'extérieur. On constate, au sein de la seconde catégorie, des allers et retours en fonction des alternances politiques.

Les maîtres des requêtes deviennent conseillers d'État en service ordinaire au fur et à mesure que des postes se libèrent. Au Conseil d'État, tout l'avancement se fait à l'ancienneté, dans l'ordre du tableau, et cette situation est considérée comme une garantie d'indépendance à l'égard du pouvoir politique. Un tiers des postes vacants de conseillers peut être pourvu au tour extérieur, par des personnes ayant atteint au moins l'âge de 45 ans. S'ajoutent à ces membres ordinaires douze conseillers d'État en service extraordinaire, nommés en raison de leur compétence, pour quatre ans et par décret en conseil des ministres.

b) Les formations du Conseil

Présidé en théorie par le Premier ministre (qui ne vient que pour les séances protocolaires), en fait par le vice-président, nommé par décret en conseil des ministres et choisi parmi les conseillers d'État en service ordinaire, le Conseil d'État se compose de **six formations administratives** (sections) qui sont chargées d'exercer la fonction consultative : intérieur, finances, travaux publics, sociale, section de l'administration et section du rapport et des études. S'y ajoute une formation contentieuse : la **section du contentieux**, qui exerce la fonction juridictionnelle. Tous les membres ordinaires du Conseil d'État sont répartis entre les six sections. Cependant, les conseillers en service extraordinaire ne peuvent pas participer à la fonction juridictionnelle. Lorsqu'une question présente une importance particulière, elle est soumise soit à l'assemblée générale du Conseil[5] soit, en cas d'urgence, à une formation plus restreinte, la commission permanente.

- **Les formations administratives**

Leurs attributions sont **consultatives**. La consultation est **obligatoire** pour tous les projets de lois ou d'ordonnances préparés par le gouvernement[6] (articles 38 et 39 de la Constitution). Longtemps, les avis rendus n'étaient pas publics mais, dans ses vœux pour l'année 2015, le président Hollande à annoncé sa volonté de renoncer à cette tradition pour améliorer la transparence de l'action publique : depuis le 15 mars 2015, tous les avis du Conseil d'État sont désormais publiés. L'avis n'engage pas le gouvernement, qui reste libre de le suivre ou de ne pas le suivre, mais il ne peut pas faire adopter un texte qui n'aurait pas été intégralement soumis à l'avis du Conseil[7].

La consultation est également **obligatoire** pour les projets de décret, soit lorsque la Constitution l'impose[8], soit lorsque la loi l'exige. Les décrets pris à la suite d'une consultation obligatoire du Conseil sont des *décrets en Conseil d'État ;* le gouvernement ne peut plus modifier profondément son texte après la consultation et il ne peut retenir, sur chaque disposition, que son texte initial ou celui proposé par le Conseil d'État. L'absence de consultation est considérée comme une irrégularité très grave (elle constitue une incompétence – voir plus loin).

Par ailleurs, le gouvernement est toujours libre, même en l'absence d'obligation constitutionnelle ou législative, de consulter **facultativement** le Conseil sur n'importe lequel de ses projets de décret. Il peut enfin le consulter sur toute question juridique au sujet de laquelle il souhaite avoir un avis expert (voir encadré ci-dessous).

Un exemple d'avis donné à la demande du gouvernement : l'affaire du foulard islamique

Depuis plusieurs années, les établissements scolaires avaient parfois constaté le port d'un voile par certaines de leurs élèves de confession musulmane. En 1989, un chef d'établissement décida de faire éclater cette situation au grand jour en donnant une grande publicité à sa décision d'interdire le port du foulard. Le ministre de l'Éducation nationale, très ennuyé du retentissement médiatique de cet incident (qui était en grande partie le but recherché), résolut de consulter le Conseil d'État et lui posa trois questions : 1) Le port du foulard (comme des autres signes d'appartenance religieuse) par des élèves au sein d'un établissement scolaire constitue-t-il une violation du principe constitutionnel de la laïcité ? 2) L'administration a-t-elle le droit de l'interdire ? Dans quels cas ? 3) Au cas où elle peut l'interdire et où il est quand même porté, de quels pouvoirs de sanction dispose-t-elle ?

L'Assemblée générale du Conseil d'État rendit un long avis où, au terme d'une analyse minutieuse des textes constitutionnels, internationaux et législatifs applicables, elle conclut qu'au nom de la liberté d'expression des convictions religieuses, le port du foulard par les élèves était, en principe, licite et qu'il ne pouvait être interdit que lorsqu'il revêtait un caractère ostentatoire, manifestant une volonté de propagande ou de prosélytisme, ou lorsqu'il s'accompagnait d'actes de pression portant atteinte à la liberté des autres membres de la communauté éducative, ou lorsqu'il mettait en danger le bon fonctionnement du système éducatif.

Le ministre rendit l'avis public et prit une circulaire s'en inspirant largement. Ces règles s'appliquèrent pendant une quinzaine d'années. Mais en 2004, une loi, votée à l'instigation du président de la République et du gouvernement de l'époque, renversa le principe en interdisant le port de tout signe ostensible d'appartenance religieuse dans les établissements d'enseignement.

La révision constitutionnelle de 2008 a apporté une nouveauté importante : elle a prévu pour la première fois, dans l'article 39, que le Conseil d'État puisse être **consulté pour avis sur une proposition de loi.** Mais, contrairement à ce qui se passe pour l'examen des projets de loi, le Conseil ne peut pas amender la proposition et présenter un projet alternatif. Après audition du parlementaire auteur de la proposition, qu'il associe largement à ses travaux, le Conseil rédige une note, transmise au président de l'Assemblée concernée, et dans laquelle il souligne les difficultés

5. Elle est présidée par le vice-président du Conseil d'État. Quand elle siège dans sa formation plénière, elle se compose de tous les conseillers d'État ; dans sa formation ordinaire, elle comprend environ 25 membres, dont une moitié est issue de la section du contentieux et l'autre des sections administratives.

6. Le Conseil d'État a examiné 118 projets de loi, 68 projets d'ordonnance et 800 projets de décret en 2015.

7. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel a déclaré, dans sa décision du 3 avril 2003, que l'un des articles du projet de loi concernant l'élection des conseillers régionaux n'était pas conforme à la Constitution.

8. Il en est ainsi dans le cas où le gouvernement souhaite modifier par décret une loi portant sur des questions qui relèvent du domaine réglementaire (voir page 45).

juridiques éventuelles liées à la rédaction du texte soumis. Cette procédure a été appliquée pour la première fois en 2009, concernant une proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit[9].

- **Les formations contentieuses**

La section du contentieux est quantitativement la formation la plus importante du Conseil. Elle est divisée en dix sous-sections ou « chambres » qui sont chargées de l'instruction des affaires, sous la responsabilité d'un rapporteur. Une fois l'instruction terminée, les affaires sont jugées par une formation dont la détermination dépend de leur importance et de leur complexité : la chambre d'instruction pour les affaires les plus simples (environ 3 000 affaires par an), puis, dans l'ordre croissant, deux ou plusieurs chambres réunies (environ 1 500 affaires), la section du contentieux (on parle alors d'*arrêt de section*), ou l'assemblée du contentieux (on parle d'*arrêt d'assemblée*), qui juge une trentaine d'affaires chaque année[10].

2. La répartition des compétences

a) Les réformes du contentieux

La justice administrative a été victime de son succès. Longtemps, le Conseil d'État a été le **juge de droit commun** en matière administrative et la plupart des affaires allaient directement devant lui[11]. Le résultat a été un engorgement considérable de la justice : les plaideurs attendaient souvent cinq ans pour voir juger leur affaire et, dans un exemple caricatural, le Conseil d'État avait rendu, en 1948, un arrêt à propos de faits remontant à 1914… pour se déclarer incompétent et obliger le plaideur à recommencer la procédure devant un autre tribunal. Le décret-loi du 30 septembre 1953 a donc institué un premier degré de juridiction, en faisant des **tribunaux administratifs** (actuellement au nombre de 42 et couvrant toute la France métropolitaine et la quasi-totalité de l'outre-mer) les juges de droit commun de premier ressort en matière administrative. Le Conseil d'État devenait principalement un juge d'appel.

La réforme avait apporté une amélioration sensible, mais les mêmes causes produisant les mêmes effets, l'engorgement a recommencé d'autant que, dans la société actuelle, les particuliers ont une propension croissante à saisir le juge. Une loi du 31 décembre 1987 a donc procédé à une nouvelle réforme du contentieux administratif en créant un degré intermédiaire de juridiction, les **cours administratives d'appel** (actuellement au nombre de huit) et en faisant du Conseil d'État principalement un juge de cassation.

Un exemple de lenteur de la justice administrative

Une justice lente est une justice inefficace. En voici un exemple, heureusement extrême. Un étudiant a été recalé au DESS en 1988. Il conteste cette décision en invoquant une erreur commise à son détriment dans le report de trois de ses notes. Le tribunal administratif rejette son recours en 1990, mais après appel, le Conseil d'État lui donne raison en 1996. La longueur de la procédure a donc privé l'étudiant de son diplôme pendant huit ans. Rien ne peut réellement réparer un tel préjudice.

Nous verrons plus loin que, pour accroître l'efficacité de la justice administrative, les réformes récentes ont développé des *procédures d'urgence* devant le juge administratif (voir page 147).

En 2015, les tribunaux administratifs (TA) ont rendu 188 783 décisions, les cours administratives d'appel (CAA) 30 540, et le Conseil d'État 9 712. Les délais de jugement des affaires étaient d'un peu plus de six mois au CE (soit une baisse de près de 40 % en dix ans) et de dix mois dans les TA et les CAA. Six décrets parus entre 2008 et 2013 ont apporté des réformes plus ou moins importantes de l'organisation et du fonctionnement de la procédure devant les juridictions administratives[12].

L'organisation de la justice administrative ressemble donc désormais fortement à celle de la justice judiciaire. En règle générale, les tribunaux administratifs jugent en première instance, les cours administratives d'appel sont juge d'appel, et le Conseil d'État est juge de cassation. Toutefois, alors que la Cour de cassation est exclusivement un juge de cassation, le Conseil d'État a gardé, par exception, un certain nombre de pouvoirs de **juge de premier ressort** ou de **juge d'appel**.

b) Les attributions du Conseil d'État, juge administratif

– Le Conseil d'État a toujours été juge des **recours en cassation** contre les décisions des juridictions administratives de dernier ressort. C'était par exemple le cas de la Cour des comptes ou des conseils supérieurs de l'éducation nationale siégeant en matière disciplinaire, ou encore des conseils supérieurs de discipline des ordres professionnels. La loi du 31 décembre 1987 a ajouté à la liste de ces juridictions les cours administratives d'appel et a donc fortement accru ce rôle du Conseil d'État.

En tant que juge de cassation, sa fonction essentielle consiste à vérifier la **conformité au droit** des décisions rendues par ces juridictions. Il n'est donc en principe pas juge des questions de fait. Mais alors que la Cour de cassation ne peut que casser les arrêts des juridictions inférieures et doit, en cas de cassation, leur renvoyer l'affaire pour qu'elles la rejugent, le Conseil d'État peut, s'il estime que cela est justifié par *« une bonne administration de la justice »*, ne pas renvoyer l'affaire et décider de la juger lui-même, après avoir cassé l'arrêt déféré. Cette pratique est destinée à faire gagner du temps.

9. En 2015, l'avis du Conseil a été sollicité quatre fois sur une proposition de loi.

10. De plus en plus souvent, cependant, depuis 1995, notamment dans les affaires de référé, la loi a prévu l'intervention d'un juge unique, statuant par « ordonnance » dans des délais raccourcis et au terme d'une procédure simplifiée. Près de 40 % des 10 000 affaires dont les juges ont été amenés à connaître en 2015 ont jugées de cette manière.

11. Les autres étaient portées devant des juridictions dont la compétence était limitée ou spécialisée, comme la Cour des comptes.

12. La lenteur excessive est susceptible d'engager la responsabilité de l'État. Pour juger de ce caractère excessif, le juge se fonde sur la difficulté des affaires présentées et il se montre plus clément lorsqu'elles donnent lieu à un revirement de jurisprudence.

– Normalement, on l'a vu, les juges administratifs de premier ressort sont les tribunaux administratifs. Mais le législateur a laissé au Conseil d'État, par exception, certains pouvoirs de juge en **premier ressort**. Ceci s'explique par des raisons pratiques évidentes. Par exemple, c'est directement devant lui que seront portés les recours en annulation contre les ordonnances du président de la République, les décrets ou les actes réglementaires des ministres. Toutes ces décisions sont en effet importantes et il est normal d'en attribuer le contentieux à la juridiction suprême. En outre, elles sont d'application nationale et mieux vaut confier l'examen des recours dirigés contre elles à la seule juridiction dont le ressort territorial couvre l'ensemble du territoire national. Ou bien encore, c'est le Conseil d'État qui est compétent pour connaître des litiges nés à l'étranger. Dans tous ces cas, il rend des **décisions définitives** qui ne sont susceptibles d'aucun recours.

– De même, l'appel contre les décisions des tribunaux administratifs est porté en principe devant les cours administratives d'appel. Mais le Conseil d'État a gardé une compétence de juge d'**appel** contre certaines décisions des tribunaux administratifs, essentiellement pour les recours contre les **élections municipales ou cantonales**. En réduisant le nombre des degrés de juridiction à deux pour les recours contre ces élections, le législateur a surtout voulu éviter que les litiges en la matière ne s'éternisent. L'intervalle entre deux élections étant de six ans, mieux vaut qu'ils soient définitivement jugés bien avant la fin du mandat litigieux.

Le juge d'appel réexamine l'ensemble des arguments invoqués en premier ressort (questions de droit et de fait) et s'il estime que le juge de premier ressort a mal jugé l'affaire, il a le pouvoir de substituer sa propre décision à celle de ce dernier.

Le premier rôle du juge administratif est donc de faire respecter le **principe de légalité**, c'est-à-dire l'idée que l'administration ne peut agir que conformément à la loi et, de façon plus générale, aux règles qui s'imposent à elle.

3. La compétence du juge judiciaire à l'égard de l'administration

En principe, seul le juge administratif est compétent pour juger l'administration. Nous avons cependant déjà rencontré plusieurs hypothèses où cette règle connaît des exceptions. En dehors des cas où ces exceptions résultent de la loi, notamment en matière de responsabilité de la puissance publique (voir page 151 et suivantes), il en est d'autres qui s'expliquent par diverses raisons.

1. Des raisons d'ordre constitutionnel

Le principe de **séparation des pouvoirs** s'oppose ainsi à ce que le juge administratif ait compétence pour juger du fonctionnement du service public judiciaire[13]. Il est, à ce titre, incompétent pour apprécier non seulement la validité des jugements rendus par les juridictions judiciaires (actes juridictionnels proprement dits), mais aussi celle de tous les actes qui les préparent et de ceux qui les exécutent. Lorsque ces actes ont été accomplis dans des conditions irrégulières, constitutives d'une faute éventuelle des services, la responsabilité de l'administration ne pourra être engagée que devant les juridictions judiciaires.

– À ce titre, le juge administratif se déclare **incompétent** pour connaître d'une action en responsabilité intentée à l'occasion d'une opération de police judiciaire, engagée pour rechercher les coupables d'une infraction et les déférer à la justice pénale. Ainsi, lorsque pendant une descente de police dans un café signalé comme susceptible d'être fréquenté par les auteurs d'un hold-up commis quelques jours auparavant, un individu prend la fuite à la vue des policiers et est abattu par ceux-ci, l'action en responsabilité ne relève pas du juge administratif[14].

– Constitue par exemple un **acte préparatoire** ne relevant pas du juge administratif celui par lequel un accusé est déféré devant une juridiction appelée à juger ses crimes[15]. Parmi les **actes d'exécution** relevant de la compétence du seul juge judiciaire, on citera une décision de grâce prise par le chef de l'État, qui permettra à un condamné de ne pas effectuer tout ou partie de sa peine ; ou la décision d'un juge d'application des peines de révoquer une mesure de libération conditionnelle accordée à un détenu.

– La compétence judiciaire ne vaut cependant que pour les mesures résultant directement des actes juridictionnels. Lorsqu'il n'y a pas de lien ou que le lien est indirect, on dira que les décisions que prend l'administration constituent des **actes détachables** de la procédure judiciaire et le contentieux redeviendra administratif. Ainsi lorsque, au cours de l'accomplissement de sa peine, un détenu s'expose par sa conduite à des mesures disciplinaires, tel que le placement en « cellule de punition », c'est à la juridiction administrative que reviendra la compétence d'apprécier la légalité de la sanction.

13. Lorsque la question posée concerne au contraire leur *organisation,* le juge administratif redevient compétent. Voir par exemple l'arrêt du 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane* : l'administration n'avait pas pourvu de nombreux postes de magistrats et cela avait provoqué l'arrêt de l'activité des tribunaux en Guyane, causant un préjudice à plusieurs professions judiciaires, ainsi qu'aux justiciables. La mise en jeu de la responsabilité de l'administration devait dans ce cas être engagée devant le juge administratif.

14. CE, 11 mai 1951, *Baud.*

15. En l'espèce, une juridiction spéciale appelée à juger les coupables des crimes commis par l'OAS pendant la guerre d'Algérie : CE, 11 mai 1962, *Salan.*

Les conditions dans lesquelles le juge judiciaire engage la responsabilité de l'administration à l'occasion d'une opération de police judiciaire : l'arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 1956, *Trésor public c/ Dr Giry*

Les problèmes de compétence juridictionnelle entraînent parfois des troubles dans l'application des règles de fond. Les patrons d'un hôtel ayant été découverts morts par asphyxie, un médecin est appelé par la police pour élucider les causes du décès. Au moment où il entre dans l'immeuble, une explosion de gaz se produit et il est gravement blessé. L'accident étant survenu alors qu'il participait à une enquête réalisée dans le cadre d'une opération de police judiciaire, seuls les tribunaux judiciaires étaient compétents pour juger l'affaire. Pour faciliter l'indemnisation du médecin, la Cour de cassation indiqua qu'en pareil cas et exceptionnellement, ceux-ci pouvaient appliquer les règles du droit public.

2. Les exceptions résultant de la jurisprudence

Nous avons déjà dit que la jurisprudence écarte de la compétence du juge administratif et de l'application du droit administratif le contentieux né de l'activité des **services publics industriels et commerciaux** (voir page119), au motif que l'administration les gère dans les mêmes conditions que n'importe quel entrepreneur privé. Elle a également posé les principes de répartition dans d'autres domaines, relatifs aux droits essentiels des individus.

Toutes les questions relatives à l'**état des personnes** relèvent du juge judiciaire. Celui-ci est donc compétent pour trancher les questions d'état civil (nom, filiation, situation matrimoniale…), de nationalité et, de façon générale, celles qui concernent la qualité d'électeur. Lorsqu'elles sont soulevées devant le juge administratif, elles sont toujours **préjudicielles** (voir page 145). Cela signifie que le juge administratif, incompétent dans ces matières, doit renvoyer l'examen de la question devant le juge judiciaire.

Le juge judiciaire est également compétent pour assurer la protection du **droit de propriété**. Pour appliquer ce principe, le Tribunal des conflits a construit la théorie de l'**emprise**. Il y a emprise quand un particulier est dépossédé par l'administration d'un bien immobilier (par exemple, l'administration s'est emparée d'un terrain lui appartenant et elle a construit dessus)[16].

L'emprise peut être régulière quand elle est autorisée par la loi (par exemple l'expropriation) ; elle est irrégulière dans le cas contraire. Dans le premier cas, son contentieux sera administratif, à moins que la loi n'en ait décidé autrement ; ce n'est que dans le second cas que le juge judiciaire sera compétent. Mais d'une part, il n'a pas lui-même le pouvoir de constater le caractère irrégulier de l'emprise : cette question constitue pour lui une question préjudicielle. D'autre part, il ne pourra pas faire cesser l'emprise, en invitant par exemple l'administration à évacuer les lieux et à remettre le terrain dans son état initial ; ses pouvoirs se résumeront à fixer le montant de l'indemnité qui doit être versée au propriétaire irrégulièrement dépossédé.

Enfin, le juge judiciaire bénéficie d'un important domaine de compétence dans le domaine de la **protection des libertés** fondamentales. Ceci se fonde en partie sur l'application de certains textes (l'article 66 de la Constitution qui fait de l'autorité judiciaire *« la gardienne de la liberté individuelle »* ; ou l'article 136 du Code de procédure pénale affirmant la compétence judiciaire dans les actions en responsabilité liées à des atteintes à la liberté individuelle ; ou certaines lois spécifiques, comme celle relative à l'hospitalisation d'office des personnes aliénées[17]). Mais cela se fonde aussi sur la théorie jurisprudentielle de la **voie de fait.**

La théorie jurisprudentielle de la voie de fait

Pour qu'il y ait voie de fait, deux conditions doivent être réunies. Il faut d'une part qu'il y ait soit une *atteinte à la propriété privée*[18], tellement grave qu'elle aboutit en fait à l'extinction de ce droit, soit une *atteinte à une liberté individuelle*. Il faut d'autre part que cette atteinte résulte d'une *irrégularité grave* de l'administration, qui implique souvent une certaine violence. Celle-ci peut prendre deux formes. Dans la première, l'administration a agi alors qu'aucun texte ne lui permettait de le faire (le « manque de droit ») : par exemple, elle a posé des scellés sur la porte de l'appartement qu'un militaire occupait dans une caserne, l'empêchant ainsi de rentrer chez lui[19].

Pour préciser la deuxième forme, il faut souligner que l'administration n'a pas toujours le droit d'exécuter elle-même ses décisions. Ce n'est pas parce que celles-ci sont exécutoires qu'elles sont « exécutables ». Pour qu'elles le soient, il faut en principe qu'un texte l'autorise. Lorsque tel n'est pas le cas, l'administration doit faire constater que sa décision n'est pas exécutée et faire condamner le récalcitrant par un juge pour, seulement ensuite, faire procéder à l'exécution par la force publique. Or il arrive que l'administration, qui avait bien le droit de prendre une décision mais n'était autorisée par aucun texte à la faire exécuter, passe quand même à l'acte (« le manque de procédure ») : par exemple, si elle a le pouvoir de demander à quelqu'un de quitter son

16. La théorie de l'emprise est strictement limitée à la dépossession de la propriété immobilière et ne s'applique donc pas aux biens meubles (par exemple, une voiture).

17. L'application de ce texte montre les subtilités des règles de compétence. Si le juge judiciaire est compétent pour apprécier le bien-fondé d'une mesure d'hospitalisation d'office d'un aliéné et en réparer les conséquences, le juge administratif peut seul en apprécier la régularité. Cela oblige parfois les internés ou leurs familles à multiplier les actions en justice.

18. Une dame avait clôturé sa propriété, mais, ce faisant, elle avait empiété sur le chemin communal. Le maire fait intervenir un agent municipal pour replacer la clôture au bon endroit. Il n'y a pas voie de fait, car il n'y a pas atteinte à la propriété privée : CE, 8 avril 1961, *Dame Klein.*

19. CE, 13 juillet 1966, *Guigon.* Il y avait là une atteinte à l'inviolabilité du domicile privé.

logement de fonction, cela ne signifie pas nécessairement qu'elle ait celui de procéder elle-même à l'expulsion[20].

Les *deux ordres de juridiction* ont compétence pour constater la voie de fait. En revanche, les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour la réparer et, donc, accorder les dommages et intérêts réclamés par la personne qui l'a subie. Leurs pouvoirs sont très étendus, puisqu'ils peuvent en outre prendre toutes les mesures propres à faire cesser la voie de fait, par exemple ordonner sous peine d'astreinte à l'administration de mettre fin à ses errements.

Les rapports entre emprise et voie de fait

Les deux notions constituent des ensembles en intersection. Il y a en effet des cas où elles coïncident : par exemple, si l'administration porte atteinte à la propriété immobilière par un acte non susceptible de se rattacher à un texte. Mais une voie de fait peut exister sans qu'il y ait emprise (dans les cas d'atteinte à une liberté fondamentale ou au droit de propriété mobilière). Et il y a des situations, enfin, où il y a emprise sans voie de fait (l'administration porte atteinte au droit de propriété immobilière, mais son acte est susceptible de se rattacher à un texte).

3. Les cas où la solution d'un litige dépend d'une autre question

Lorsqu'une question est posée à un juge, il arrive souvent que sa solution dépende de celle d'une autre, incidente, mais qui doit être réglée d'abord pour permettre de résoudre la question principale. Si par exemple, un droit est réservé aux nationaux, celui qui se plaint d'en être privé devra peut-être faire d'abord trancher la question de sa nationalité pour prouver qu'il peut en bénéficier. Si quelqu'un est poursuivi devant le juge pénal pour une infraction à la réglementation sur le stationnement, il pourra chercher à faire d'abord constater que ce règlement a été pris dans des conditions illégales pour échapper à sa condamnation.

Il existe **deux sortes de question** de ce type : lorsqu'elles peuvent être réglées par le juge saisi de la question principale, on dira que ce sont des questions **préalables**. Lorsque, au contraire, elles ne peuvent être réglées que par un autre juge, on dira qu'elles sont **préjudicielles**[21]**.** Dans le premier cas, le juge saisi tranche en même temps la question principale et la question préalable. Dans le second cas, il devra au contraire *surseoir à statuer*, renvoyer la question préjudicielle devant le juge compétent, et attendre sa réponse pour trancher le problème qui lui est posé.

La jurisprudence fait une distinction entre **deux sortes de tribunaux** judiciaires. Le **juge civil** peut interpréter les actes réglementaires, mais il n'a compétence ni pour interpréter les actes individuels, ni pour juger de la légalité des actes administratifs, qu'ils soient réglementaires ou individuels. Le **juge pénal** peut au contraire toujours apprécier la légalité des actes administratifs dont dépend la solution des questions posées devant lui, qu'ils soient individuels ou réglementaires. Il peut donc, par exemple, écarter l'application d'une réglementation qu'il estime illégale (c'est ce qu'on appelle l'*exception d'illégalité*) et relaxer celui qui est poursuivi sur son fondement.

Il faut également tenir compte de l'**exception d'inconstitutionnalité** introduite par la révision de 2008 : lorsqu'un plaideur invoque, devant une juridiction administrative ou judiciaire, l'inconstitutionnalité d'une loi dont dépend la solution de son litige, le juge ne peut trancher lui-même la question, mais doit la soumettre, selon l'ordre auquel il appartient, au Conseil d'État ou à la Cour de cassation, qui décidera s'il y a lieu de saisir le Conseil constitutionnel (voir page 54).

20. Le plus souvent, les deux formes se rencontreront en même temps : mécontente de la manière dont un architecte avait commenté la reconstruction de la cathédrale de Chartres, l'administration des Beaux-Arts lui interdit un jour d'y entrer et saisit son appareil photographique pour en voiler les plaques. Il y a tout ensemble manque de droit et de procédure : CE, 18 novembre 1949, *Carlier.*

21. Pour accélérer les procédures, un décret du 27 février 2015 prévoit la transmission directe des questions préjudicielles d'un juge à l'autre, sans en confier le soin à la diligence des parties.

Chapitre 2
Le fonctionnement de la justice administrative

Le juge administratif peut être saisi de divers recours : par exemple contre le déroulement d'une élection municipale, qui appartient au contentieux électoral, ou contre le calcul d'un impôt direct, qui relève du contentieux fiscal. Les deux plus importants sont toutefois le recours en annulation d'un acte, habituellement dénommé recours pour excès de pouvoir, et le recours tendant à l'octroi d'une indemnité lorsque la responsabilité de l'administration peut être mise en cause.

1. Les règles générales de la procédure contentieuse

La procédure devant le juge administratif est très **peu formaliste** en ce qui concerne le **dépôt des requêtes** : elles peuvent consister en une simple lettre et le recours à un avocat n'est que rarement obligatoire[22]. L'intérêt pour agir est apprécié de façon très large, et la procédure est inquisitoriale, en ce sens que le juge mène une instruction approfondie de l'affaire et vient souvent, ce faisant, à l'aide des requérants. Il existe cependant des conditions, notamment de délai et de formulation des demandes, auxquelles ceux-ci doivent se conformer.

1. L'introduction de l'instance

a) Les requêtes doivent comporter des moyens et des conclusions

Cela veut dire qu'elles doivent indiquer d'une part en quoi l'administration a agi de manière irrégulière ou fautive, d'autre part ce qui est précisément demandé au juge. Lorsqu'un requérant n'invoque pas un motif d'illégalité déterminé, le juge ne le fera pas à sa place, excepté s'il s'agit d'un moyen dit **d'ordre public**, c'est-à-dire considéré comme suffisamment grave pour être relevé d'office : par exemple, l'incompétence de l'auteur de l'acte, le caractère rétroactif de la règle qu'il a appliquée, ou le fait que cette règle avait été auparavant annulée au contentieux.

Mais le juge n'exige pas que le requérant produise des preuves irréfutables à l'appui de sa demande, car ces preuves sont parfois difficiles à réunir, notamment lorsqu'elles sont détenues par l'administration. C'est principalement dans cette hypothèse que joue la *procédure inquisitoriale* : le juge s'adresse à l'administration pour en obtenir des explications et, si elles ne lui sont pas données ou lui paraissent insuffisantes, il considère la requête comme fondée. L'affaire *Barel*, déjà citée, offre un bon exemple de cette procédure : pour savoir si les requérants avaient été effectivement empêchés de se présenter au concours d'entrée à l'ENA en raison de leurs convictions politiques, le Conseil d'État, *« usant du pouvoir qui (lui) appartient d'exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir la conviction du juge et de permettre la vérification des allégations des requérants »*, demanda que lui soient communiqués les dossiers des candidats ; ces dossiers étant pratiquement vides, il admit que *« le motif allégué par les auteurs du pourvoi [devait] être considéré comme établi »*[23].

b) Les recours doivent être dirigés contre une décision

Suivant la formule consacrée, le contentieux ne peut être « lié » que par une **décision préalable**. Il n'y a pas de difficulté à cet égard lorsque l'administration a pris elle-même l'initiative de cette décision, comme dans le cas d'un texte réglementaire publié au *Journal officiel* ou du retrait, notifié à l'intéressé, d'une autorisation individuelle. Dans les autres hypothèses, notamment lorsque le litige provient d'un acte matériel ou d'une abstention d'agir, le requérant devra *provoquer une décision* en saisissant l'administration d'une demande à cette fin, c'est-à-dire d'une réclamation. Deux cas peuvent alors se présenter : ou bien l'administration rejette cette réclamation par une décision expresse, qui pourra donc être attaquée, ou bien elle n'y répond pas. Une loi du 12 novembre 2013 renverse le principe traditionnellement appliqué dans ce cas : désormais, le silence gardé pendant deux mois par l'administration vaut acceptation. Mais ce principe est assorti de nombreuses exceptions qui limitent la portée de la réforme. Une quarantaine de décrets du 23 octobre 2014 précisent, ministère par ministère, les conditions d'application de la nouvelle règle.

22. Il ne l'est pas pour les recours en annulation (bien que l'assistance d'un avocat puisse parfois être fort utile), ni, de manière générale, pour les affaires portées devant les juridictions de première instance. Il l'est, en revanche, pour une partie des appels et pour tous les recours en cassation.

23. Conseil d'État, 28 mai 1954. La même procédure fut appliquée à propos d'une assignation à résidence qui, selon l'intéressé, était fondée sur des faits matériellement inexacts, et du procès-verbal de la délibération d'un jury dont un candidat contestait la véracité.

2. Les conditions de recevabilité des recours

a) L'intérêt pour agir

Il est très **libéralement apprécié** : il peut être matériel ou moral, immédiat ou prévisible, individuel ou collectif. Toute personne physique ou morale est évidemment en droit de contester une mesure qui lui est défavorable, même si elle n'en est pas la destinataire directe, et le cercle des « intéressés » a été constamment élargi par le juge : en font partie, par exemple, les contribuables d'une commune lorsque la municipalité prend une mesure pouvant accroître les charges locales, un fonctionnaire lorsqu'une nomination dans son corps lui paraît contestable, un hôtelier d'une station thermale lorsque la date des vacances scolaires réduit le nombre des semaines de cure.

De plus, les syndicats peuvent attaquer les décisions susceptibles de porter atteinte aux intérêts collectifs de leurs membres, et les associations sont admises à contester les mesures qu'elles jugent défavorables à la cause qu'elles défendent, qu'il s'agisse de la protection de l'environnement ou de la lutte contre l'alcoolisme. En définitive, ce cercle est devenu si large qu'il ne comporte pratiquement plus qu'une seule exclusion : être assujetti à l'impôt sur le revenu ne donne pas qualité pour contester une dépense pouvant grever le budget de l'État.

b) Le délai de recours

Il est en règle générale de **deux mois** à compter de la notification de la décision individuelle – ou de la publication de l'acte réglementaire – que conteste le requérant. Cette durée est relativement brève ; aussi le juge admet-il que puisse être déposée avant son expiration une requête sommaire, qui sera développée par la suite. Mais il existe deux hypothèses, résultant du décret du 28 novembre 1983 et reprises par la loi du 12 avril 2000, dans lesquelles le délai ne court pas : d'une part, lorsque la notification d'un acte individuel n'indique pas les voies de recours ouvertes contre cet acte et les délais impartis pour le contester ; d'autre part, si l'administration n'accuse pas réception de la demande de décision préalable et garde ensuite pendant deux mois le silence à son sujet, le recours sera ouvert contre sa décision implicite de rejet sans condition de délai.

3. La procédure d'examen des recours

Cette procédure est **écrite et contradictoire** : elle comporte, pendant la phase d'instruction et sous l'égide du juge, un échange de mémoires entre le requérant et l'administration, chacune des deux parties connaissant ainsi les arguments invoqués par l'autre. À l'issue de cette phase, un membre de la juridiction rédige à l'intention de la formation de jugement un mémoire qui analyse les données de fait et de droit de l'affaire. Celui-ci est alors examiné en séance publique, au cours de laquelle les parties et leurs avocats peuvent intervenir oralement, mais seulement pour développer ou préciser les arguments qu'ils avaient déjà présentés au cours de l'instruction.

Est ensuite entendu le rapporteur public, nouvelle dénomination du commissaire du gouvernement (au demeurant mal nommé parce qu'il ne représentait en aucune manière le gouvernement) : il s'agit d'un membre de la juridiction autre que le rapporteur, qui présente en toute indépendance des conclusions, c'est-à-dire une analyse juridique et factuelle du dossier, assortie d'une proposition de solution. L'affaire est alors mise en *délibéré* (cette phase est secrète), puis la **décision** est rédigée et rendue publique.

Traditionnellement, le commissaire du gouvernement assistait au délibéré, sa connaissance très complète du dossier lui permettant d'éclairer, le cas échéant, les membres de la juridiction ; il ne prenait toutefois pas part au vote. Mais la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé, dans un arrêt *Kress c/ France* rendu le 7 juin 2001, que sa seule présence pouvait « *exercer une certaine influence sur le contenu du délibéré* » et que la procédure suivie jusqu'ici devant les juridictions administratives n'était pas conforme à l'esprit de la Convention européenne : en particulier, son caractère contradictoire n'était pas assez affirmé. Un décret de 2009 prescrit donc que le sens général des conclusions doit être communiqué aux parties avant l'audience et que les parties et leurs avocats peuvent y répondre brièvement. Le rapporteur public n'assiste pas au délibéré dans les TA et les cours administratives d'appel. Il peut y assister au Conseil d'État, sauf si les parties s'y opposent. Par ailleurs, un décret de 2011 permet au président de la juridiction ou au juge unique de dispenser le rapporteur public de présenter ses conclusions dans les litiges portant sur diverses matières, dont le permis de conduire ou l'aide personnalisée au logement, ce qui ne représente sans doute pas un progrès.

4. L'effet des recours

Les requêtes n'ont **pas d'effet suspensif**, c'est-à-dire qu'elles n'empêchent pas l'exécution de la décision contestée, même si elle est lourde d'effets comme dans le cas de l'expulsion d'un étranger. Jusqu'à une date récente, il était possible de demander au juge d'ordonner un *sursis à exécution*, mais celui-ci était rarement accordé car des conditions très strictes devaient être réunies (il fallait en particulier démontrer que surviendrait à peu près certainement un préjudice irréparable). La loi du 30 juin 2000 a donc remplacé le système du sursis par celui du **référé** : si la demande lui en est faite, le président de la juridiction saisie[24] peut ordonner que l'exécution de la décision soit suspendue jusqu'au prononcé du jugement, soit en cas d'urgence, soit pour la « *sauvegarde d'une liberté fondamentale* » (dans la première hypothèse, il s'agit d'un *référé-suspension* ; dans la seconde, d'un *référé-liberté*)[25]. Ces procédures d'**urgence** permettent de réduire opportunément le risque que les délais de jugement ne rendent une décision administrative pratiquement irréversible.

24. Pour le Conseil d'État, il s'agit du président de la section du contentieux.

25. Certaines de ces procédures peuvent avoir un effet médiatique important, comme le montrent les affaires Dieudonné (à propos d'une interdiction de spectacle) ou Vincent Lambert (concernant les conditions de la fin de vie d'un malade grabataire).

Les effets des décisions juridictionnelles, en revanche, sont importants et immédiats : elles ont ce que l'on appelle l'**autorité de la chose jugée**, à laquelle l'administration doit se plier. Les décisions annulées, qu'elles soient individuelles ou réglementaires, seront privées d'effets ; les indemnités accordées devront être versées ; et, pour éviter que l'administration ne tarde à s'exécuter, le juge dispose de divers moyens de pression. En premier lieu il peut, dans son arrêt, lui enjoindre d'en tirer les conséquences à une date déterminée et la soumettre à des astreintes, c'est-à-dire à des pénalités pour chaque jour de retard[26]. En second lieu, lorsque le requérant se heurte pendant trois mois à une inertie manifeste de l'administration, voire à sa mauvaise volonté, il peut s'adresser à la juridiction qui a rendu la décision pour lui demander une aide à exécution : celle-ci se concrétise soit par une *injonction*, éventuellement assortie d'une astreinte, soit, s'il s'agit du versement d'une somme d'argent, par une procédure de paiement forcé[27].

2. Le recours pour excès de pouvoir

Ce recours est un instrument de contrôle dont peu de pays possèdent l'équivalent : ouvert à tous ceux qui y ont intérêt – et on a vu à quel point cet intérêt est largement apprécié –, il peut être intenté contre pratiquement tous les actes administratifs et pour des motifs très divers. C'est souvent à l'occasion des affaires dont ils ont eu à connaître par cette voie que le Conseil d'État dans ses arrêts et les commissaires du gouvernement dans leurs conclusions ont posé les principes qui gouvernent l'action de l'administration, et contribué par là même à créer le droit administratif.

1. Le champ du recours

Il est particulièrement **vaste**, puisqu'il couvre les actes unilatéraux des plus hautes autorités de l'État comme ceux des petites collectivités, les règlements aussi bien que les décisions individuelles, les affaires qui présentent un intérêt financier considérable comme celles qui n'ont qu'un intérêt symbolique. Deux catégories de décisions en sont cependant exclues.

D'abord les **actes dits « de gouvernement »** : cette exclusion est logique puisqu'il ne s'agit pas de décisions pouvant être rattachées à l'action administrative. Entrent dans ce groupe d'une part les actes pris dans le domaine des relations internationales, comme la conclusion et la signature des traités ou la conduite des relations diplomatiques, d'autre part les rapports du président de la République et du gouvernement avec le Parlement (dépôt ou retrait d'un projet de loi, dissolution de l'Assemblée nationale, etc.)[28].

Ensuite les **« mesures d'ordre intérieur »**, qui concernent en général les usagers d'une institution et n'ont pas pour eux de conséquences graves (l'exemple classique en est l'interdiction de porter le pantalon faite en 1954 à ses élèves par la directrice d'un lycée de jeunes filles). Certaines de ces mesures pouvaient néanmoins être très désagréables, notamment les sanctions, même légères, infligées à des détenus ou à des appelés du contingent. C'est pourquoi le juge en a notablement réduit la liste : sont désormais considérés comme « faisant grief », donc susceptibles de recours pour excès de pouvoir, un blâme dans l'armée, les règlements intérieurs des établissements scolaires, et la décision – bien qu'assortie du sursis – de placer un détenu dans une cellule de punition pendant une semaine.

Il faut enfin réserver le cas des **contrats**, qui sont des actes bilatéraux et relèvent pour ce qui concerne leur contenu d'un contentieux particulier. Toutefois, le juge admet la recevabilité des recours pour excès de pouvoir dirigés contre les *actes détachables* de ces contrats, par exemple la décision par laquelle l'administration refuse de passer ou d'approuver un contrat, ou une procédure de passation qui paraît irrégulière, ou encore le refus de contraindre le concessionnaire d'un service public à assurer la pleine exécution des obligations qui lui incombent[29].

2. Les moyens d'annulation

On distingue traditionnellement, parmi les irrégularités qui peuvent être invoquées dans les recours, celles qui concernent la régularité externe de l'acte et celles qui ont trait à sa régularité interne.

a) Les irrégularités externes

Celles-ci – l'**incompétence** de l'auteur de l'acte et le **vice de forme** ou **de procédure** – résultent de la méconnaissance d'obligations qui ont été décrites dans les développements consacrés à l'encadrement juridique des actes administratifs (voir page 113 et suivantes). Il faut simplement préciser ici que les vices de procédure n'entachent une décision d'illégalité que s'il s'agit de *formalités substantielles*. Ce sont, d'après la jurisprudence la plus récente du Conseil d'État, celles dont l'omission a été, selon ce qui ressort des pièces du dossier, susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision prise ou de priver les intéressés d'une garantie : c'est le cas, par exemple, quand l'administration ne respecte pas l'obligation de recueillir au préalable un avis ou un rapport motivé ou de conduire une procédure contradictoire avant la prise d'une décision défavorable. À l'inverse, l'omission d'une formalité qui s'avère en l'espèce inutile (comme une tentative d'accord amiable, lorsque la personne en cause a déclaré auparavant qu'elle ne l'accepterait en aucun cas), ou impossible (comme dans le cas d'un organisme consultatif dont les membres ont délibérément refusé de siéger) n'entraîne pas l'annulation de l'acte.

26. Le pouvoir de prononcer des astreintes a été conféré au Conseil d'État en 1980 puis, en 1995, aux autres juridictions administratives. Le pouvoir d'injonction, qui n'existait pas auparavant, a été introduit à cette même date.

27. Pour l'État, ce paiement sera effectué au vu du jugement par le comptable public compétent ; pour les collectivités locales, l'autorité de tutelle (généralement le préfet) procèdera d'office au mandatement.

28. Les rapports entre les trois pouvoirs ont été décrits dans la partie de l'ouvrage consacrée au droit constitutionnel.

29. Arrêt *Croix de Seguey-Tivoli*, précité.

b) Les irrégularités internes

Elles tiennent soit à une violation objective de la hiérarchie des normes juridiques[30], soit à une erreur de fait commise par son auteur, soit à la poursuite par celui-ci d'une fin qui n'est pas conforme à l'intérêt général, ce qui constitue un détournement de pouvoir.

– **L'absence de fondement juridique**, dite aussi « manque de base légale », se rencontre lorsque l'administration s'appuie sur un texte qui n'existe pas encore (par exemple, un plan d'urbanisme communal non encore publié, donc non opposable), ou qui n'existe plus parce qu'il a été soit abrogé, soit annulé par décision juridictionnelle, ou qui est lui-même irrégulier. En certains cas, cependant, le juge fait prévaloir une logique analogue à celle qu'il applique pour les formalités non substantielles : si l'auteur d'un acte par ailleurs régulier s'est par erreur fondé sur une règle inapplicable en l'espèce, l'arrêt opèrera une substitution de base légale et rejettera le recours[31].

– **L'erreur de fait** comporte deux aspects différents, mais complémentaires. D'une part, l'administration ne doit pas fonder une décision sur des faits matériellement inexacts : un agissement qui ne s'est pas produit, une inaptitude physique qui n'existe pas, une demande qui n'a pas été formulée. D'autre part, elle ne doit pas donner aux faits qu'elle retient une qualification inexacte, par exemple en considérant à tort qu'un site est une *« perspective monumentale »*[32], qu'une publication présente un caractère licencieux, ou qu'une réunion constitue une telle menace pour l'ordre public qu'elle est en droit de l'interdire. Il existe cependant deux domaines dans lesquels le juge se refuse à mettre en cause la qualification retenue par l'administration : les appréciations de nature technique, comme la toxicité d'un produit, et celles qui sont portées sur les prestations des candidats par les jurys d'examens ou de concours.

– **Le détournement de pouvoir** vise, autant que l'objet de l'acte, l'intention réelle de son auteur. Les pouvoirs sont finalisés, c'est-à-dire conférés aux agents publics dans un but déterminé : ceux-ci ne peuvent donc les utiliser ni à des fins personnelles (par exemple, pour favoriser un membre de leur famille ou au contraire pour assouvir une vengeance), ni même dans un but d'intérêt général autre que celui pour lequel ils ont été institués ; un préfet ne peut ainsi prendre une mesure de police à l'égard d'établissements dangereux ou insalubres à seule fin de ménager les finances de l'État, pas plus qu'un ministre ne peut modifier le statut d'une institution pour n'avoir pas à réintégrer son responsable, dont la révocation avait été annulée par le Conseil d'État[33].

Les cas d'annulation d'un acte pour détournement de pouvoir sont relativement rares : habituellement, plutôt que de rechercher les intentions véritables de son auteur, le juge préfère prononcer une censure pour défaut de base légale ou pour erreur manifeste d'appréciation, ce qui aboutira au même résultat ; mais il n'hésite pas à qualifier de détournement de pouvoir des errements volontaires particulièrement graves.

3. L'intensité du contrôle

Tous les actes administratifs ne sont pas contrôlés au même degré. Dans certains cas, la compétence de l'administration est liée par la loi et le contrôle du juge le sera dans la même mesure : il en va ainsi lorsqu'en présence d'une situation donnée, l'administration est obligée de prendre une décision d'une certaine nature (l'hypothèse classique est celle de la délivrance du permis de chasse, qui ne peut être refusée lorsque l'intéressé remplit les conditions légales pour l'obtenir). Le juge vérifiera alors que les faits retenus par l'administration sont exacts, mais ne recherchera pas s'il existe un autre motif d'annulation, par exemple un vice de forme[34], puisque de toute manière, la teneur de la décision ne pouvait légalement être différente.

Lorsque la compétence de l'administration n'est pas liée par la loi, le contrôle du juge variera en fonction des pouvoirs dont elle dispose. Le juge vérifiera dans tous les cas que l'administration a respecté les exigences de la légalité externe ; que les faits qu'elle invoque sont matériellement exacts (contrôle de l'exactitude matérielle des faits) ; qu'elle n'a pas commis d'erreur de droit ; et qu'elle ne s'est pas rendue coupable d'un détournement de pouvoir.

C'est à propos des relations entre les faits invoqués et la décision prise que le contrôle va varier. Dans certains cas, le juge se refuse purement et simplement à apprécier ou à qualifier les faits : c'est le **contrôle minimum.** On a vu que les décisions ayant un caractère technique et celles qui sont prises par les jurys d'examen font ainsi l'objet d'un contrôle très réduit.

Dans d'autres cas, le juge se contentera de vérifier qu'il n'y a pas de disproportion évidente entre la gravité de la décision prise et l'importance des faits qui la motivent : c'est le contrôle de l'**erreur manifeste d'appréciation**, auquel le juge se livre quand l'administration dispose d'une compétence discrétionnaire qui lui permet de choisir en opportunité entre plusieurs solutions possibles, toutes légales, celle qui lui paraît être la mieux adaptée à la situation visée. Le juge respecte cette liberté d'appréciation de l'administration. Son contrôle restreint ne permet donc pas de censurer

30. C'est ainsi que le Conseil d'État a annulé, en 2014, une décision du gouvernement fixant les tarifs d'EDF à un niveau inférieur à celui auquel ils auraient dû être fixés en vertu d'une disposition législative.

31. Par exemple, dans le cas d'un maire qui avait ordonné l'exécution de travaux dans un immeuble insalubre en vertu d'une loi accordant cette compétence au préfet, alors que le Code des communes lui donnait un pouvoir analogue (Conseil d'État, 10 mars 1954, *Dame veuve Picard*).

32. Il s'agissait en l'occurrence de la place Beauvau, où est installé le ministère de l'Intérieur (Conseil d'État, 4 avril 1914, *Gomel*).

33. L'institution en question était la Comédie-Française (Conseil d'État, 27 octobre 1961, *Bréart de Boisanger*). Quant à la décision du préfet, elle a donné lieu au premier arrêt dans lequel le Conseil d'État a reconnu l'existence d'un détournement de pouvoir (26 novembre 1875, *Pariset*).

34. Si le requérant (il s'agit le plus souvent d'un tiers) a invoqué un tel motif, son recours sera rejeté parce que fondé *« sur un moyen inopérant »*.

tous les « à-peu-près », mais seulement les erreurs qui lui paraissent à la fois graves et évidentes.

La notion d'erreur manifeste d'appréciation est de plus en plus utilisée. Le juge a ainsi annulé plusieurs opérations de remembrement rural, la modification des taux de remboursement de certains médicaments, un transfert massif d'emplois d'une université à une autre sans rapport avec leur nombre respectif d'étudiants, l'expulsion d'un étranger prétendument *« dangereux pour l'ordre public »*, et des interdictions de vente frappant des publications présumées être de provenance étrangère.

Ces deux derniers arrêts sont d'autant plus remarquables qu'ils concernent la « haute police », domaine dans lequel le Conseil d'État hésitait auparavant à s'immiscer. La multiplication des annulations pour erreur manifeste a cependant progressivement dénaturé cette notion, le juge en faisant usage dans des cas où le caractère « manifeste » de l'erreur n'est plus très évident. Le contrôle restreint se rapproche ainsi du **contrôle normal** dans lequel, on l'a vu, le juge vérifie que l'administration ne donne pas aux faits qu'elle retient une qualification inexacte[35].

L'audace du juge fragilise – ou dilue – l'opposition traditionnelle entre la légalité d'une décision, que le juge peut et doit contrôler, et son opportunité, qui échappe en principe à l'appréciation contentieuse : si une décision apparaît totalement illogique, voire aberrante, c'est à la suite d'un examen qui porte autant sur son adéquation à une situation, donc son opportunité, que sur le respect de son encadrement juridique. Cette perméabilité des frontières est encore plus marquée dans des hypothèses où le contrôle est particulièrement approfondi (certains auteurs le qualifient de maximal), car il porte aussi sur la **proportionnalité** des mesures adoptées. L'une des applications les plus notables de ce type de contrôle concerne les opérations d'urbanisme, à propos desquelles a été dégagé le principe dit du bilan coûts-avantages.

L'application par le Conseil d'État du bilan coûts-avantages : l'*arrêt Ville nouvelle Est* du 28 mai 1971

Le gouvernement avait décidé, en 1966, de créer à l'est de Lille une ville nouvelle de 20 000 habitants, ainsi qu'un ensemble universitaire. Mais ce projet impliquait de démolir une centaine d'habitations, dont certaines avaient été récemment construites, et se heurta donc à de vives oppositions. Le Conseil d'État prononça l'annulation de la décision, sur le fondement d'un principe ainsi formulé : *« Une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente. »*

35. L'intensité du contrôle du juge peut évoluer dans le temps ; ainsi, après s'être longtemps limité à un contrôle de l'erreur manifeste pour apprécier le rapport de proportionnalité entre la gravité d'une faute et celle d'une sanction, le Conseil d'État exerce désormais, depuis l'arrêt *Dahan* du 13 novembre 2013, un contrôle normal, y compris lorsqu'il juge en cassation.

Ce **principe de proportionnalité** fut ultérieurement repris dans d'autres domaines, en particulier la fonction publique : les sanctions sont maintenant appréciées sous cet angle (par exemple la révocation, jugée disproportionnée, d'un agent qui avait distribué un tract critiquant son supérieur hiérarchique). Il s'applique aussi, conformément à la Convention européenne des droits de l'homme, aux décisions de reconduite d'un étranger à la frontière, dont le juge vérifie si elles ne constituent pas *« une atteinte disproportionnée aux buts »* qu'elles poursuivent, eu égard notamment à la situation familiale des intéressés.

4. Les conséquences des recours

Un arrêt de **rejet** du recours bénéficie de l'**autorité relative** de la chose jugée : le demandeur ne pourra pas intenter un nouveau recours fondé sur les mêmes motifs[36]. En revanche, pour un arrêt d'**annulation**, cette autorité est dite **absolue** : en principe, la décision disparaît de l'ordonnancement juridique et cette conséquence est rétroactive, puisque la décision se trouvait entachée d'illégalité dès l'origine. Toutefois, l'administration éprouve parfois des difficultés pour rétablir la situation antérieure : comment faire, par exemple, lorsqu'un concours est annulé plusieurs années après la proclamation des résultats et que les candidats reçus occupent depuis cette date un emploi dans la fonction publique ? Si une décision est annulée pour vice de forme ou de procédure, l'administration pourra la reprendre en se conformant, cette fois, aux règles prescrites ; mais s'il s'agit d'un vice de fond, une telle mise en conformité *a posteriori* est impossible. D'où la pratique, souvent usitée dans le passé, de la validation législative : le gouvernement demande au Parlement d'adopter une loi validant les conséquences de l'acte annulé (par exemple, les nominations de fonctionnaires qui viennent d'être évoquées). Mais le Conseil constitutionnel a affirmé en 1980 *« qu'il n'appartient ni au législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions »*, autrement dit de les priver d'effet pratique, et il a précisé en 1999 qu'une loi de validation n'est licite que si elle est justifiée par un « intérêt général suffisant », un intérêt simplement financier n'étant pas considéré comme tel.

Le Conseil d'État, qui était à l'origine de la règle de l'effet rétroactif des annulations, en a atténué la portée : il a admis en 2004 que, dans le cas où cet effet serait *« de nature à emporter des conséquences manifestement excessives »*, les juridictions administratives pourront décider que les conséquences de l'acte annulé devront être considérées, en tout ou en partie, comme définitives[37]. Le juge peut aussi préciser que l'annulation ne prendra effet qu'à l'expiration d'un délai qu'il fixe, pour laisser à l'administration le

36. Il pourrait théoriquement introduire un nouveau recours fondé sur des motifs différents, mais se heurterait en pratique à l'expiration du délai de deux mois. Il n'est pas impossible toutefois qu'une autre personne ait, en même temps que lui, formé un recours en invoquant des motifs que le juge a retenus (quelquefois en joignant les deux requêtes) : il bénéficiera alors également de l'annulation prononcée.

37. Arrêt *Association AC !* du 11 mai 2004. En l'occurrence, l'annulation rétroactive d'un arrêté ministériel, pris selon une procédure irrégulière, aurait pu, constate l'arrêt, *« affecter profondément le régime d'assurance chômage »*.

temps de s'y préparer ; en 2013, le Conseil d'État a même admis la possibilité de découpler la décision d'annulation et celle qui fixe le délai ; le juge sursoit à statuer sur ce second point et renvoie la question à une décision ultérieure. Dans un arrêt de juillet 2014, enfin, il a admis que la date d'effet de l'annulation puisse être différente pour chaque destinataire de l'acte annulé[38].

3. Le contentieux de la responsabilité

Pendant longtemps, conformément à l'adage suivant lequel le roi – puis le peuple souverain – ne peut mal faire, l'administration n'a pas été tenue pour responsable des conséquences dommageables de ses actes, excepté lorsqu'une loi le prévoyait expressément. À la fin du XIXe siècle, cette immunité parut à la fois anormale et injuste, et l'arrêt *Blanco* proclama le principe inverse, en affirmant toutefois que la responsabilité de l'État et de ses services publics *« n'est ni générale, ni absolue »*, et qu'elle a *« ses règles spéciales »* qui la différencient de celle qui peut incomber aux particuliers. Aujourd'hui, la seconde partie de la phrase demeure exacte, mais la première ne l'est plus : la responsabilité de l'administration a été en effet reconnue dans un nombre croissant d'hypothèses et selon des modalités de plus en plus extensives, si bien qu'il n'est guère de préjudices qui ne puissent être réparés.

En dehors des cas dans lesquels l'action administrative est soumise au droit privé, soit en raison de sa nature (services publics industriels et commerciaux, ou gérés par des organismes privés), soit du fait d'une loi (responsabilité des instituteurs), les contestations relèvent du **droit administratif** et de la **juridiction administrative**. Deux questions principales se posent à leur égard : d'une part le fondement de la responsabilité, c'est-à-dire les cas dans lesquels elle peut être invoquée ; d'autre part les conditions de sa mise en œuvre, qui ont trait à la nature du dommage subi et aux modalités de sa réparation.

1. Les fondements de la responsabilité

Comme en droit civil, l'existence d'une faute ayant provoqué un préjudice entraîne une obligation de dédommagement. Mais beaucoup plus largement que ne le fait le droit civil, le droit administratif admet aussi qu'un préjudice puisse être réparé en l'absence de toute faute.

a) La responsabilité pour faute

La faute est entendue ici en un sens tout différent de celui qu'elle a en droit pénal, mais peu éloigné des conceptions du droit civil : elle ne dépend pas nécessairement, ni fréquemment, d'une intention délictueuse, et peut consister en un acte ou une abstention, même involontaires, en un défaut d'organisation ou de fonctionnement d'un service, voire en une simple maladresse. Mais le problème est de savoir à qui cette faute doit être imputée : à l'agent qui l'a commise ou à la collectivité au nom de laquelle il agit ? Les complications postopératoires qu'a subies un malade résultent-elles de la négligence d'une infirmière ou des insuffisances du service de réanimation de l'hôpital ? L'arrêt *Blanco* indiquait que la responsabilité devait être appréciée en tenant compte *« de la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés »* : l'évolution ultérieure a été favorable aux usagers, dans la mesure où l'administration, par définition solvable, voit le plus souvent sa responsabilité engagée, soit à la place de ses agents, soit concurremment avec eux.

- **Les fautes qui peuvent être retenues à l'encontre des agents**

Elles sont de deux ordres différents : on distingue en effet la faute personnelle et la faute de service. Suivant la définition, demeurée classique, qu'en a donnée le commissaire du gouvernement Laferrière, la faute personnelle est celle qui révèle *« l'homme avec ses passions, ses faiblesses, ses imprudences »* et peut donc être laissée à la charge de son auteur. Il y a faute de service, au contraire, *« si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur plus ou moins sujet à erreur »*, autrement dit s'il est imputable à la fonction plutôt qu'au titulaire de celle-ci ; l'équité veut alors que l'agent n'en supporte pas les conséquences.

En pratique, la **faute personnelle** est d'une part celle qui est commise en dehors du service et sans lien avec lui : ainsi, lorsqu'un policier blesse une personne avec son arme à feu en dehors de toute mission, ou lorsqu'un chauffeur cause un accident en se servant pour une visite privée de la voiture qui lui est affectée. La faute peut d'autre part être commise à l'occasion du service, mais soit révéler une **intention de nuire** (comme chez ce maire qui faisait régulièrement déposer des ordures sur un terrain appartenant à un habitant de la commune, en prétendant faussement que le terrain faisait partie de la décharge publique), soit être d'une **gravité inadmissible**, comme les violences physiques, les propos injurieux ou diffamatoires, voire les rackets. Dans les cas de ce genre, il est normal que les agents supportent les conséquences dommageables de leurs actes, et même que des sanctions disciplinaires leur soient par ailleurs infligées.

La **faute de service** est celle qui est commise par un agent individualisé, mais dans le cadre de ses fonctions et n'engageant pas sa responsabilité personnelle. Elle est plus facilement invoquée et retenue que la faute personnelle, parce qu'elle permet à la fois de mieux assurer l'indemnisation des victimes et de protéger les agents contre des attaques injustifiées. Suivant les cas, ce type de faute peut consister en un acte juridique, tel le retrait illégal d'une autorisation, ou en un agissement matériel, comme l'utilisation de denrées avariées pour la préparation des repas dans une cantine scolaire, ou encore en une simple méprise, comme la délivrance d'un certificat d'urbanisme comportant des indications erronées. C'est alors le service ou la collectivité où l'agent est employé qui devra réparer les dommages causés par cette faute.

38. Conseil d'État, 23 juillet 2014, *Société Octopharma*.

Un exemple de cumul de fautes : l'arrêt *Anguet*, du 3 février 1911

La porte d'accès du public à un bureau de poste ayant été prématurément fermée, un usager fut prié de sortir par un local dans lequel travaillaient des agents. Ceux-ci, non prévenus et croyant peut-être qu'il s'agissait d'un malfaiteur, l'expulsèrent si violemment qu'il tomba et se brisa une jambe. Le Conseil d'État jugea que les agents avaient commis une faute personnelle, mais que la responsabilité de l'administration était également engagée parce que le bureau avait été fermé avant l'heure légale.

Un exemple de cumul de responsabilités : l'arrêt *Époux Lemonnier*, du 26 juillet 1918

L'une des attractions de la fête organisée par une commune était un tir sur des cibles flottantes. Le maire avait été averti que certains tirs étaient imprécis, donc dangereux, mais n'avait pas pris les mesures de sécurité appropriées, et une promeneuse fut blessée par une balle. Le Conseil d'État jugea *« que la circonstance que l'accident éprouvé serait la conséquence d'une faute d'un agent administratif préposé à l'exécution d'un service public »* (en l'occurrence le maire) *« ne saurait avoir pour conséquence de priver la victime de l'accident du droit de poursuivre directement, contre la personne publique qui a la gestion du service incriminé, la réparation du préjudice souffert »*. La responsabilité de la commune fut donc parallèlement retenue.

Pour protéger plus complètement les personnes lésées, le juge a admis qu'il pouvait y avoir **cumul de fautes**, le dommage résultant à la fois d'une faute personnelle et d'une faute de service. Puis il a considéré qu'un fait unique commis par un agent peut entraîner un **cumul de responsabilités** : celle de l'agent, mais aussi celle de l'administration si les conditions de son fonctionnement ont rendu possible que ce fait soit commis.

Dans ses conclusions – dont la teneur est toujours valable – sur l'arrêt *Lemonnier*, le commissaire du gouvernement Léon Blum avait déclaré : *« La faute se détache peut-être du service, mais le service ne se détache pas de la faute. »*

Le cumul de responsabilités existe ainsi dès lors que le service a fourni à un agent les moyens, ou simplement l'occasion, de commettre la faute : un véhicule qui a pu être utilisé parce qu'il n'était pas suffisamment surveillé, une escroquerie à l'égard d'un contribuable qui a été rendue possible par l'autorisation donnée à l'employée d'une perception de se rendre à son domicile, engagent la responsabilité de l'État car la faute n'est pas, suivant la formule consacrée, dépourvue de tout lien avec le service. Dans ces hypothèses, toutefois, l'administration dispose d'une *action récursoire* qui lui permet de demander à l'agent le remboursement des sommes correspondant à sa quote-part de responsabilité et qu'elle a versées à sa place.

La réciproque est également vraie : un agent condamné à verser des dommages et intérêts peut se retourner contre l'administration, pour lui en demander le remboursement total ou partiel. C'est ce qu'a fait Maurice Papon (préfet sous l'Occupation) en 2002. Le Conseil d'État l'a jugé coupable d'une faute personnelle inexcusable, parce qu'il avait à plusieurs reprises organisé, *« avec le maximum d'efficacité et de rapidité »*, la déportation de nombreuses familles israélites, parfois même en *« devançant les instructions reçues de ses supérieurs hiérarchiques »*. Mais l'administration, constate l'arrêt, avait également commis des fautes manifestes, en ouvrant des camps d'internement et en prêtant son concours aux arrestations, puis à l'organisation des convois. Le montant des condamnations a donc été partagé par moitié.

- **Les fautes exclusivement imputables à l'administration**

Elles sont dénommées **fautes du service**. Le service n'agissant que par l'intermédiaire d'agents, c'est évidemment parmi eux que se trouve l'origine du dommage, mais les responsabilités précises sont parfois difficiles à déterminer : quel membre d'un service a égaré un dossier ou provoqué un retard de paiement, et ne s'agit-il pas plutôt d'une responsabilité collective ou d'un défaut d'organisation ?

L'affaire du sang contaminé a montré que les torts pouvaient être partagés entre ceux qui ont procédé à des transfusions dangereuses et ceux qui ne les ont pas interdites suffisamment tôt. En de telles circonstances, l'intérêt des victimes demandant réparation impose que le service soit leur **interlocuteur unique**, les agents s'effaçant en quelque sorte derrière lui.

Ce caractère **anonyme** de la faute est reconnu dans des hypothèses aussi diverses que le mauvais fonctionnement d'un service de secours, un retard excessif dans l'exécution d'une décision juridictionnelle ou dans l'édiction des textes d'application d'une loi, et toutes sortes d'omissions ou négligences : il a été jugé, par exemple, qu'une commune qui n'avait pas créé de service de lutte contre l'incendie et devait donc faire appel à celui d'une commune voisine était, du fait de sa carence, responsable de l'accident causé par l'un des pompiers.

Que la responsabilité de l'administration soit entière ou partagée, se pose le problème de la **gravité de la faute** qui peut lui donner lieu. Pendant longtemps, le juge a estimé que pour certaines activités une faute lourde, voire *« d'une particulière gravité »*, était nécessaire[39] : c'était notamment le cas pour la police, y compris les services de secours, et pour les établissements hospitaliers. Mais peu à peu, cette exigence s'atténua en intensité comme en étendue. Disparut d'abord la nécessité de la faute d'une particulière gravité ; puis la faute lourde elle-même ne fut plus requise que lorsque l'action administrative s'exerce dans des conditions difficiles ; et, récemment, les cas dans lesquels une *faute simple est suffisante* se sont multipliés. En ce qui concerne la police, par exemple, le juge continue à estimer que pour certaines opérations de maintien de l'ordre comme la dispersion des manifestations, doit être prouvée l'existence d'une faute lourde, mais il se contente désormais d'une faute simple pour les dispositifs de sécurité mis en place sur les plages ou en montagne. La faute simple suffit également, aujourd'hui, pour les services de lutte contre l'incendie, pour le fonctionnement des hôpitaux,

39. Sans doute parce qu'ayant posé de sa propre initiative le principe de la responsabilité de l'État, il souhaitait faire preuve de prudence dans son application. Peut-être aussi pouvait-on redouter que si leur responsabilité était facilement engagée, les services hésiteraient à prendre des initiatives.

et même pour les actes médicaux ou chirurgicaux (une succession d'erreurs étant, dans ce dernier cas, assimilée à une faute). On pourrait caractériser cette évolution en disant que le juge s'attache moins, maintenant, à la gravité d'une faute qu'à celle de ses conséquences.

b) La responsabilité sans faute

Cette notion est sans doute l'une des plus originales et des plus progressistes du droit administratif. Elle consiste à admettre qu'une personne ayant subi un dommage puisse être en certains cas indemnisée sans avoir à démontrer l'existence d'une faute, et même si l'administration prouve au contraire qu'elle n'en a pas commis : un simple **lien de causalité** entre le dommage et le fait qui s'est produit suffit pour obtenir réparation. La responsabilité sans faute est reconnue dans deux hypothèses : le risque que font encourir certaines situations ou activités et la rupture de l'égalité devant les charges publiques.

- **La responsabilité pour risque**

Elle existe lorsque l'administration entrepose ou utilise des engins dangereux : par exemple, dans le cas de la déflagration d'un stock d'explosifs, ou lorsqu'un passant est blessé par une arme à feu au cours d'une opération de police[40]. Elle est également admise dans des situations présumées dangereuses qui résultent d'une politique menée par des institutions relevant de l'administration, telles la rééducation d'enfants délinquants en milieu ouvert et les permissions de sortie accordées à des personnes internées pour troubles mentaux. Et elle a été récemment étendue, s'agissant des hôpitaux, aux traitements ou procédés thérapeutiques nouveaux lorsqu'ils ont entraîné des conséquences dommageables pour les malades auxquels ils ont été appliqués.

Le législateur a ajouté à ces cas celui des attroupements et rassemblements, car ils font courir un « risque social » aux personnes qui passent ou demeurent à proximité : si un préjudice leur est causé, elles-mêmes ou la compagnie d'assurances qui les a indemnisées pourront en demander réparation à l'État. Il sera ultérieurement loisible à ce dernier de se retourner contre la commune, dans l'hypothèse où le maire n'aurait pas prévenu les incidents en prenant les mesures de police appropriées.

- **La responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques**

Elle s'applique lorsqu'une personne subit, par suite d'une décision cependant régulière et en l'absence de tout accident, un préjudice spécifique : il y a là, pour le Conseil constitutionnel comme pour le Conseil d'État, une règle qui se rattache directement au *principe d'égalité des citoyens* posé par la Déclaration des droits de 1789. On en trouve un exemple dans le refus d'un préfet d'ordonner l'exécution forcée d'une décision de justice parce qu'elle provoquerait un trouble grave à l'ordre public[41] ou, pour la même raison, de faire rompre un barrage routier. A été également indemnisé un industriel auquel des autorisations de licenciement (qui étaient à l'époque obligatoires) avaient été refusées en raison de « *la perturbation grave dans la vie économique locale* » que ces licenciements auraient entraînée.

Cette responsabilité peut être pareillement engagée lorsqu'un acte réglementaire impose à un particulier un préjudice grave : ainsi lorsque le détournement d'une route nationale tarit la clientèle d'un restaurant fréquenté par les camionneurs. Et, de manière plus étonnante, la même solution est admise s'agissant d'une loi.

Un exemple de la responsabilité du fait des lois : l'arrêt *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, du 14 janvier 1938

Une loi ayant interdit la commercialisation de crème ne provenant pas exclusivement du lait, la société requérante, dont l'activité essentielle se trouvait être la production d'une telle crème, dut fermer ses portes. Le Conseil d'État, après avoir relevé que cette crème ne présentait aucun danger pour la santé publique, estima *« que rien ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressée une charge qui ne lui incombe pas normalement ; que cette charge, créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité »*, et que l'État devait donc indemniser la société.

2. Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité

a) Les conditions de fond

Elles tiennent principalement à la **nature du préjudice** subi. Il doit être **direct**, c'est-à-dire suffisamment lié au fait attaqué pour que celui-ci puisse être considéré comme sa cause déterminante : ainsi l'administration est-elle tenue pour responsable des dommages causés par un jeune délinquant pendant ses périodes de semi-liberté, mais ne le sera plus s'il s'évade et commet une infraction quelques années plus tard.

Le juge exige également que le préjudice soit **certain** ; cela signifie qu'il doit être réel, mais pas nécessairement réalisé : il peut n'être que *futur* (par exemple, des séquelles prévisibles d'un accident), ou même consister en la *perte d'une chance sérieuse* (ainsi un candidat à un concours, empêché de s'y présenter par suite d'un accident de la circulation imputable à un véhicule administratif, subit-il un préjudice certain si son succès à ce concours était

40. On peut assimiler à ces cas celui des ouvrages publics dangereux (comme une conduite de gaz) et, plus généralement, celui des travaux publics : les personnes qui subissent un préjudice de leur fait, par exemple celles qui habitent à proximité d'un barrage qui s'est rompu, seront indemnisées sur le fondement du risque.

41. Arrêt *Couitéas*, du 30 novembre 1923 : il s'agissait, en Tunisie, d'expulser *« de nombreux indigènes de terres dont ils [s'estimaient] légitimes occupants depuis un temps immémorial »*, mais dont l'État français, puis le tribunal de Sousse, avaient reconnu la propriété au sieur Couitéas. La même solution a été ultérieurement appliquée, en France, à l'expulsion de locataires ou d'ouvriers grévistes occupant une usine.

probable, mais seulement un préjudice éventuel, donc non indemnisable, dans le cas contraire).

Le préjudice doit enfin être **évaluable** en argent. Pendant longtemps, le juge a considéré que seul le préjudice matériel répondait à cette condition (il faisait sien l'adage selon lequel « les larmes ne se monnayent pas »), mais il a admis en 1961, c'est-à-dire bien après les tribunaux judiciaires, que le **préjudice moral** pouvait également être réparé : il accorde désormais une indemnisation plus ou moins forfaitaire en cas de préjudice esthétique, d'atteinte à la réputation, et même de perte d'un proche parent.

b) Les conditions de procédure

Elles concernent en premier lieu la **détermination du créancier**. Si le requérant se trompe sur l'identité de la collectivité responsable du dommage, il sera débouté de sa demande même si « l'administration » au sens large a bien commis une faute. Or, il est souvent difficile de distinguer entre police d'État et police municipale, comme entre service public concédé ou en régie, et un non-juriste différencie mal les cas dans lesquels un maire agit au nom de la commune ou en tant que représentant de l'État. L'assistance d'un avocat étant obligatoire pour les recours en responsabilité, on peut penser que les requérants seront utilement conseillés ; mais les honoraires d'avocat ne sont pas remboursés, si bien que lorsque le dommage est de relativement faible importance, les victimes hésitent souvent à saisir la justice. Il est regrettable que les solutions libérales qui prévalent quant à l'étendue de la responsabilité administrative soient ainsi contrecarrées par des difficultés pratiques de mise en œuvre.

Les autres règles de procédure sont les mêmes que pour le reste du contentieux, à l'exception de celle qui a trait au **délai de recours** : il est ici de quatre ans, par application de la règle de déchéance quadriennale des créances sur l'État. Cette disposition fait du recours en responsabilité un complément utile du recours en annulation : lorsque celui-ci perd de son intérêt parce que la mesure contestée est déjà exécutée, l'intéressé pourra, au lieu d'en demander l'annulation, réclamer une indemnité fondée sur son caractère illégal.

c) L'indemnisation accordée par le juge

Elle couvre en principe l'**intégralité** du préjudice subi, mais elle ne peut dépasser l'évaluation qu'en a faite le requérant (les tribunaux ne doivent pas statuer *ultra petita*, c'est-à-dire au-delà de la demande). Cependant, s'il apparaît après la décision de première instance que le préjudice était en réalité plus important, notamment dans le cas où l'état d'une personne accidentée se détériore, il est possible de demander en appel une réévaluation de l'indemnité accordée.

Mais **aucune** indemnité n'est due lorsque le dommage est imputable à une **force majeure**, c'est-à-dire un événement imprévisible et irrésistible (par exemple, une inondation ou un cyclone[42]). Et la responsabilité de l'administration peut être écartée ou atténuée lorsqu'il apparaît que le dommage résulte, au moins pour partie, de la faute du requérant ou d'une tierce personne.

42. Toutefois, dans de tels cas, des indemnités sont généralement versées aux victimes par d'autres voies que celle du contentieux.

Chapitre 3
Les autres formes de contrôle

Elles ne sont pas aussi spectaculaires que le contrôle juridictionnel, ni pareillement efficaces en pratique, mais ne sont pas pour autant dépourvues d'intérêt. Certaines d'entre elles s'exercent à l'intérieur de l'administration, d'autres ont été confiées à des organes extérieurs.

1. Les contrôles internes

Ce sont les plus anciens. Les détenteurs du pouvoir ont toujours souhaité vérifier que l'action de leurs subordonnés était conforme aux directives qu'ils avaient données ou à la ligne générale qu'ils entendaient suivre. Ils se sont donc très tôt réservé un droit de regard sur les actes pris aux échelons inférieurs, et ils ont consenti parallèlement à ce que les particuliers les saisissent de réclamations contre ces actes : satisfaire les doléances qu'ils estimaient fondées leur permettait à la fois d'être informés d'éventuels errements et de les redresser. Ce pouvoir de dire le dernier mot trouve son origine dans le pouvoir hiérarchique : il est en effet la sanction – ou le substitut – du pouvoir d'instruction. Son exercice est facilité par l'existence des inspections générales, qui sont des corps spécialement chargés d'évaluer l'activité des services et d'en rendre compte aux ministres.

1. Les recours administratifs

Les personnes qui souhaitent contester une décision peuvent à leur gré intenter un recours administratif ou juridictionnel, voire les deux à la fois : les deux procédures sont indépendantes l'une de l'autre (excepté dans les cas, relativement rares, où le recours administratif est un préalable obligatoire du recours contentieux[43]) ; leur seul point de rencontre est que le dépôt d'un recours administratif prolonge les délais du recours contentieux. Les caractéristiques du recours administratif sont toutefois quelque peu paradoxales : il est très largement ouvert et fort peu formaliste, mais ses effets s'avèrent souvent décevants pour l'intéressé.

a) Les conditions d'ouverture du recours

Elles sont particulièrement extensives. Le recours peut en effet être formé contre n'importe quelle décision individuelle ou réglementaire, et pour des raisons très diverses : le requérant est en droit de se fonder aussi bien sur des motifs d'opportunité, voire d'équité, que de légalité ; il demandera par exemple le réexamen d'une décision à la lumière d'un élément qui ne lui semble pas avoir été suffisamment pris en compte, ou l'échelonnement d'un paiement qui lui est imposé ; parfois même, il sollicitera simplement la bienveillance de l'administration dans une circonstance pour lui difficile.

Le recours peut être adressé soit à l'auteur de la décision, et est alors dit gracieux, soit à l'autorité supérieure (recours hiérarchique). Dans l'un et l'autre cas, il doit être accueilli ; s'agissant du recours hiérarchique, le Conseil d'État a même jugé que le ministre du Travail, qui s'était déclaré sans pouvoir pour réexaminer un refus de licenciement prononcé par l'inspection du travail, *« a méconnu sa compétence et a privé l'employeur d'une garantie légale »*[44].

Aucune condition de forme n'est requise : il est possible d'intenter un recours par simple lettre, voire verbalement – encore qu'en conserver une trace écrite soit utile. Il n'y a pas non plus de condition de délai, mais si le requérant souhaite préserver le délai du recours contentieux, il doit déposer sa demande dans ce délai. Par ailleurs, l'administration ne peut retirer les actes individuels ayant créé des droits que pour illégalité, et seulement dans un délai de quatre mois : si la décision que l'on entend contester auprès d'elle a conféré un droit à une tierce personne (par exemple, une autorisation), il faut donc agir vite.

La solution est différente pour les règlements, qui ne sont pas considérés comme des actes créateurs de droits : l'administration est tenue d'abroger, sans condition de délai, les règlements illégaux, qu'ils l'aient été dès leur édiction ou le soient devenus par la suite en raison d'un changement des circonstances de fait ou de droit (par exemple, l'entrée en vigueur d'une loi ou d'une règle communautaire contraire).

43. Ainsi en est-il en matière fiscale, où les réclamations doivent d'abord être soumises au directeur des services fiscaux et ensuite seulement, s'il n'y a pas été satisfait, portées devant les tribunaux. Cette règle a notablement contribué à diminuer le nombre des recours contentieux.

44. Arrêt *Queralt*, 30 juin 1950.

b) Les effets pratiques des recours

Ceux-ci, à l'inverse, s'avèrent plutôt réduits. L'autorité qui en est saisie dispose de pouvoirs plus importants que ceux d'un juge : non seulement elle peut – et même doit – retirer les décisions illégales, mais elle a aussi la faculté de modifier des décisions légales, y compris pour inopportunité ; c'est ainsi que le ministre de la Construction a pu retirer un permis de construire accordé par un préfet, tandis que plusieurs de ses collègues revenaient sur des sanctions ou des interdictions. Mais ces pouvoirs ne sont que peu souvent utilisés, car il n'est guère agréable pour l'auteur d'une décision de reconnaître qu'il s'est trompé, ni pour les supérieurs hiérarchiques de désavouer leurs services : les décisions donnant satisfaction aux recours ne représentent donc que 5 à 10 % de ceux-ci. De plus, comme aucune règle ne fait obligation aux autorités saisies de se prononcer sur les recours, ainsi qu'y sont tenus les tribunaux, une bonne part des demandes n'est même pas examinée et a pour épilogue, après deux mois, une décision implicite de rejet. La situation faite aux requérants est donc paradoxale : ils ont en théorie la faculté de faire réexaminer entièrement leur situation, ce qui représente pour eux un atout important, mais beaucoup de recours n'aboutissent concrètement qu'à retarder le moment où ils s'adresseront au juge.

2. Les inspections générales

L'institution est ancienne. Très tôt, en effet, il a paru utile de doter les ministres d'un **corps de contrôle** qui puisse en permanence apprécier la gestion des services, leurs conditions de fonctionnement et la qualité de leurs prestations. Dès 1781, Necker créa ainsi les inspecteurs généraux des hôpitaux civils, et on compte aujourd'hui une vingtaine d'institutions de ce type. Certaines d'entre elles ont une **vocation interministérielle**, comme l'Inspection générale des finances qui contrôle la bonne utilisation des deniers publics. Les autres couvrent habituellement le champ d'activité d'un département ministériel, mais parfois davantage (Inspection générale des affaires sociales), parfois moins (Inspection générale des bibliothèques universitaires).

Les inspections sont directement **rattachées au ministre**, qui peut seul leur demander de procéder à des enquêtes ; mais elles se fixent aussi un programme annuel d'investigations, établi en fonction des problèmes dont elles ont connaissance. Les inspecteurs ont le droit de visiter tous les locaux de l'administration ou dépendant d'elle, et de se faire communiquer par les agents tous les documents nécessaires à leur mission. À l'issue de celle-ci, ils rédigent à l'intention du ministre un rapport relatant leurs constats et proposant des mesures correctrices : suivant les cas, le déplacement d'un agent, la réorganisation d'un service, l'octroi de moyens plus importants, ou la modification d'une procédure. Le ministre n'est évidemment pas lié par ces propositions, mais comme elles lui sont présentées en toute indépendance, leur influence n'est pas négligeable.

À l'origine, les inspections générales exerçaient exclusivement une fonction de **contrôle**, et aujourd'hui encore de nombreuses missions s'y rattachent, qu'elles portent sur des personnes, des institutions tout entières ou des activités. Mais **l'évaluation** occupe une place croissante car, de plus en plus, la tâche de l'administration consiste à définir et mettre en œuvre des politiques, et l'efficacité de son action doit être appréciée au même titre que sa régularité. C'est sous cet angle que sont évalués des établissements scolaires ou hospitaliers et des politiques générales, comme la déconcentration, ou particulières à un département ministériel, comme la réforme de l'enseignement supérieur ou l'accueil des étrangers dans les préfectures. Certaines de ces évaluations, qui s'apparentent à de véritables audits, sont menées conjointement par deux inspections générales[45].

2. Contrôles externes et médiation

À l'exception de celui du juge, il n'existe pas de contrôle externe qui ait un caractère général[46]. Certaines institutions exercent un contrôle sectoriel, en particulier les *autorités administratives indépendantes* : on a dit plus haut les compétences dévolues à la CADA et à la CNIL (voir pages 77-78) ; il faut y ajouter celles du Conseil supérieur de l'audiovisuel et celles de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, qui veille au respect de la réglementation des écoutes téléphoniques.

D'autres organes jouent un rôle d'**évaluation**, soit de services publics, comme le Haut Conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, soit de politiques publiques, comme le Comité national d'évaluation du RSA. Et, bien que le contrôle du Parlement sur l'activité administrative n'ait jamais été très intense, on rappellera l'existence des commissions d'enquête constituées à propos d'un problème spécifique, et celle des offices parlementaires d'évaluation de la législation et des politiques publiques (voir page 49).

La **médiation** occupe une place à part, dans la mesure où elle est à mi-chemin entre l'intercession et le contrôle. La création en 1973 du Médiateur de la République s'inspirait de l'exemple suédois de l'*Ombudsman*, mais pour partie seulement, car l'existence en France d'une juridiction administrative efficace conduisit à n'accorder au Médiateur que des compétences très limitées en matière de contrôle : il devait surtout intervenir pour faire prendre en compte des considérations d'équité, qui n'entrent pas dans le champ d'intervention du juge, et n'avait aucun pouvoir d'annulation ou d'injonction. Son rôle s'est néanmoins révélé utile et des réformes successives ont accru ses possibilités d'action.

45. Par exemple, une inspection générale ministérielle (Éducation nationale ou Agriculture) et l'Inspection générale des Finances.

46. Sauf dans le domaine financier, où un contrôle est exercé par la Cour des comptes sur tous les comptes publics.

Il a été transformé par la révision constitutionnelle de 2008 en **Défenseur des droits**, et l'institution est inscrite dans le titre XI *bis* du nouveau texte, qui lui est exclusivement consacré. Mais si sa dénomination a changé[47], les pouvoirs qui lui sont conférés n'ont pas été fondamentalement modifiés : le changement consiste surtout dans le fait que des institutions analogues dans leur finalité, comme le Défenseur des enfants, la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) et la Commission nationale de déontologie de la sécurité, lui sont désormais rattachées.

Nommé pour un mandat de six ans non renouvelable en conseil des ministres, après avis public de la commission compétente de chacune des deux assemblées parlementaires, le Défenseur des droits est, aux termes de la loi organique du 29 mars 2011 qui lui est consacrée, *« une autorité constitutionnelle indépendante »* (voir page 77), en ce sens qu'il ne reçoit, dans l'exercice de ses fonctions, *« aucune instruction »* et ne peut faire l'objet de poursuites à l'occasion des opinions qu'il émet ou des actes qu'il accomplit. Le Défenseur est assisté de trois adjoints, nommés en même temps que lui et sur sa proposition par le Premier ministre, et placés sous son autorité : l'un est chargé des fonctions de la défense et de la protection des enfants, le deuxième de la déontologie dans le domaine de la sécurité et le dernier de la lutte contre les discriminations et de la promotion de l'égalité. Il peut leur déléguer plusieurs de ses fonctions dans leur domaine de compétence. Le Défenseur est aussi assisté de collèges *ad hoc*, composés de personnalités qualifiées nommées par les présidents des Assemblées et, selon le cas, les chefs de cour à la Cour de cassation, le vice-président du Conseil d'État ou le Premier président de la Cour des comptes. La compétence de chacun de ces collèges coïncide avec celle de chacun des adjoints. Le Défenseur des droits est, depuis 2014, Jacques Toubon.

Il peut être saisi des agissements de personnes publiques ou privées. Dans sa mission de contrôle de l'administration, qui est de loin la plus importante quantitativement, il reçoit les plaintes des usagers (ou se saisit d'office), soit en cas de dysfonctionnement d'un service, soit lorsqu'une décision administrative aboutit à des résultats inéquitables parce qu'une situation individuelle a été appréciée sans l'attention qui aurait été nécessaire, ou que la procédure appliquée était mal conçue, soit encore en cas de discrimination injustifiée ou de *« manquement aux règles déontologiques dans le domaine de la sécurité »*. Il intervient alors auprès de l'administration en cause pour lui faire des recommandations et doit être informé des suites données à sa démarche. À cette occasion, il peut aussi proposer la modification des principes de fonctionnement d'un service, ou celle d'une réglementation qui lui paraît contestable[48], ou encore recommander de régler en équité la situation de la personne qui l'a saisi.

Les requêtes peuvent lui être adressées aussi bien par des personnes morales (sociétés, mais aussi associations et syndicats) que par des personnes physiques, y compris des détenus ou des étrangers sans papier, à l'exclusion toutefois des agents en conflit avec le service ou la collectivité qui les emploie. Elles ne sont soumises à aucune condition de forme, mais doivent être précédées des *« démarches nécessaires auprès des personnes publiques ou des organismes mis en cause »,* pour faciliter la recherche de solutions amiables ; elles peuvent aussi être transmises par l'intermédiaire d'un parlementaire. Ces réclamations ne sont pas soumises à des conditions de délai, mais elles ne suspendent pas le délai de recours contentieux (voir page 147) : les intéressés doivent y prendre garde lorsque les faits dont ils se plaignent justifient qu'ils forment un tel recours. Si le Défenseur décide de ne pas donner suite à une plainte, il doit indiquer les motifs de sa décision.

Il dispose, pour l'exercice de sa mission, de **pouvoirs d'investigation et d'action étendus** : les services sont tenus de répondre à ses questions et de lui fournir tous les documents qu'ils détiennent sur l'affaire en cause. Il peut faire procéder à des vérifications sur place dans les locaux administratifs ou privés des personnes mises en cause et dans tous lieux et moyens de transport accessibles au public. Il a également le droit de demander aux ministres de faire procéder à des enquêtes par leurs services d'inspection et de l'informer des résultats de celles-ci.

À l'issue de ses investigations, le Défenseur des droits a la faculté de proposer à l'auteur de la réclamation et à la personne ou à l'institution mise en cause de conclure une transaction dont il peut recommander les termes (il s'agira généralement d'une indemnisation), et qui devra être homologuée par le procureur de la République ; il peut également saisir l'autorité compétente d'une demande de sanction et informer le procureur de la République des agissements portés à sa connaissance qui sont consécutifs d'un crime ou d'un délit. Mais il ne peut pas remettre en cause une décision juridictionnelle.

Le Défenseur des droits a repris l'organisation en réseau qu'avait mise en place le Médiateur ; il s'appuie sur quelque 397 **délégués** installés dans les différents départements et tenant des permanences gratuites dans les préfectures, les sous-préfectures, les maisons de la justice et du droit ou les structures de proximité des quartiers difficiles. Un ou plusieurs sont nommés aussi pour chaque établissement pénitentiaire. Les délégués peuvent recevoir toutes les plaintes relevant de la compétence du Défenseur. Ils peuvent régler eux-mêmes beaucoup d'entre elles, par exemple si l'affaire concerne une décision prise par un organisme local et ne pose pas de problème de principe. Si l'affaire ne peut se régler localement, le délégué aide l'administré à constituer un dossier pour saisir les services nationaux du Défenseur.

Le Défenseur présente chaque année le compte rendu de son activité dans un rapport adressé au président de la République et aux présidents des Assemblées. En 2015, il a reçu plus de 120 000 demandes d'intervention et de conseils – dont 42 440 appels téléphoniques –, parmi lesquelles plus de 4 840 réclamations pour discrimination et plus de 40 000 concernant des services publics. 79 % de ces réclamations ont été traitées par les délégués locaux.

47. Elle a été en partie inspirée du système espagnol, bien que l'institution soit assez largement différente (ainsi le « Défenseur du peuple » espagnol est élu par le Parlement, comme le sont aussi l'*Ombudsman* suédois et le médiateur européen, voir page 238).

48. Afin que ces propositions soient aussi judicieuses que possible, il peut demander au Conseil d'État ou à la Cour des comptes de faire procéder à toutes études et de lui fournir les éléments d'information nécessaires.

Une majorité d'entre elles concernait le domaine du droit social, celui des droits de l'enfant ou de la santé.

On peut donc juger l'institution utile, surtout dans la mesure où elle permet de réparer des injustices auxquelles le juge ne peut remédier. C'est pourquoi elle a essaimé dans des secteurs particuliers : il existe ainsi des médiateurs dans plusieurs grandes villes, dont Paris, un médiateur pour l'Éducation nationale, d'autres pour la Poste, pour le cinéma et pour l'édition publique. Ajoutons qu'un médiateur européen, désigné par le Parlement européen, a été créé par le traité de Maastricht (voir page 238).

On relèvera également qu'aux termes de l'article 9 de la loi organique, le Défenseur des droits est associé, s'il en fait la demande, aux travaux de la CADA et de la CNIL.

Plusieurs interventions du Défenseur des droits s'avèrent importantes et novatrices : il a ainsi recommandé, en 2011, qu'un policier, auteur d'un tir mortel de flash-ball, fasse l'objet d'une procédure disciplinaire, «*pour avoir fait un usage disproportionné de la force*» ; et il a dénoncé les conditions de vie des détenus à la prison des Baumettes, à la suite de quoi le tribunal administratif de Marseille a enjoint à l'administration pénitentiaire, en décembre 2012, de prendre d'urgence diverses mesures propres à y remédier. Plus récemment, il s'est aussi penché sur d'importantes questions de justice et de société, par exemple les contrôles d'identité, le fonctionnement des cantines scolaires ou encore la situation des Roms[49].

Depuis la loi du 30 octobre 2007 existe une autre AAI, le **Contrôleur général des lieux de privation de liberté** (CGLPL), chargé de «*s'assurer que les droits fondamentaux des personnes privées de liberté sont respectés et de contrôler les conditions de leur prise en charge*».

Le Contrôleur est nommée par décret du président de la République pour un mandat de six ans non renouvelable. Adeline Azan a été nommée à ce poste en 2014.

49. C'est ainsi qu'il a déclaré illégale, en janvier 2015, la décision d'un maire qui avait refusé l'inhumation dans le cimetière communal d'un enfant Rom dont la famille résidait depuis un certain temps sur le territoire de la commune.

Questions à réponse courte sur le droit administratif

Citez une autorité qualifiée d'autorité administrative indépendante.

Puisqu'on vous demande de n'en citer qu'une, il est inutile d'étaler vos connaissances. Plus vous écrirez de choses, plus il risque d'y avoir des erreurs. Choisissez donc, parmi les AAI qui sont habituellement évoquées, celle qui vous est la plus familière. Mais ne vous contentez pas de citer le sigle qui sert éventuellement à la désigner de façon usuelle. Explicitez-le : Commission nationale de l'informatique et des libertés pour la CNIL, Commission d'accès aux documents administratifs pour la CADA, Conseil supérieur de l'audiovisuel pour le CSA, etc. ; et ne vous trompez pas dans cette explicitation (évitez le terme de « comité » là où il y a une commission, de « commission » là où il y a un conseil, etc.). Si vous connaissez l'année du texte qui l'a créée, citez-la. Et résumez en quelques phrases les compétences qui lui sont attribuées, pour montrer que vous n'en connaissez pas que le nom.

Voir pages 77-78.

En quoi consiste la décentralisation ? En quoi diffère-t-elle de la déconcentration ?

Rappelez avant tout, en introduction, que la décentralisation constitue un mode d'organisation des compétences administratives et que c'est un point commun qu'elle a avec la déconcentration. N'oubliez pas de mentionner qu'il existe deux sortes de décentralisation – territoriale et par services – même si vous ajoutez que vous voulez surtout traiter de l'administration locale ; rappelez qu'en 2003, le mouvement de décentralisation a connu une nouvelle étape.

Décentralisation et déconcentration visent toutes deux à augmenter les compétences des organes locaux. Mais la déconcentration n'est qu'une atténuation de la centralisation, car elle laisse ces organes sous la dépendance du pouvoir central, alors que la décentralisation est son contraire, puisqu'elle veut donner une forte autonomie aux entités locales. Vous rappellerez les différences essentielles entre les deux notions (indépendance ou non des organes à l'égard du pouvoir central, autonomie financière ou non) et en soulignerez les conséquences au niveau de l'aménagement des rapports entre organes centraux et locaux (si les deux formules nécessitent un contrôle des premiers sur les seconds, la première implique un pouvoir hiérarchique, tandis que la seconde ne comporte qu'un pouvoir de tutelle. Vous définirez ces deux termes en les différenciant).

Voir page 69.

Comment sont élus les conseillers municipaux et le maire dans une commune de 150 habitants et dans une commune de 150 000 habitants ?

Pour montrer que vous voulez comprendre, et pas seulement réciter, votre introduction soulignera que s'il y a des différences importantes dans les modes d'élection des organes communaux selon l'importance des communes concernées, c'est simplement pour des raisons pratiques et parce que le « vivier » des candidats potentiels n'y est pas le même. Les principes ne changent pas ; seules les modalités varient.

Les principes communs sont : le scrutin de liste majoritaire à deux tours pour l'élection des conseillers municipaux ; un mode identique d'élection du maire dans toutes les communes (par le conseil municipal, au scrutin secret et à la majorité absolue aux deux premiers tours, relative au troisième).

Les différences existent sur deux points :
– d'abord la constitution des listes : obligation de faire acte de candidature ou non ; caractère complet ou non des listes présentées pour l'élection du conseil ; blocage des listes ou, au contraire, possibilité de panachage. Ces différences s'expliquent par le souci de faciliter, dans les petites communes, l'élection de conseils complets ;
– ensuite les modalités d'attribution des sièges, avec l'introduction, pour les grandes villes, d'une dose de représentation proportionnelle dans l'application du principe majoritaire.

Voir page 84.

Quels sont les pouvoirs dont dispose le représentant de l'État pour faire respecter la légalité par les collectivités territoriales ?

Pour traiter ce sujet, vous pouvez vous fonder sur deux idées essentielles : les collectivités territoriales doivent respecter la loi ; mais rien que la loi.

Le fait qu'elles doivent respecter la loi entraîne l'existence d'un contrôle de légalité exercé au nom du pouvoir central par l'autorité préfectorale. Le préfet est donc chargé d'examiner la légalité des actes des organes locaux : il le fait systématiquement pour les actes soumis à transmission, sur recours des particuliers pour les autres. Il peut déférer les actes illégaux au tribunal administratif et suspendre leur exécution en attendant la décision de celui-ci. Et comme respecter la loi, ce n'est pas seulement ne pas faire ce qu'elle interdit, mais aussi faire ce à quoi elle vous oblige, le préfet dispose également de pouvoirs de substitution d'office.

En vertu du principe d'autonomie des collectivités locales, seuls des motifs de légalité permettent au représentant de l'État d'intervenir à l'encontre de leurs actes. Il n'y a donc plus en principe, depuis 1982, de tutelle en opportunité. Et, pour que ce principe soit effectivement respecté, le juge administratif est seul compétent pour annuler un acte, et le juge financier peut seul donner au préfet l'autorisation d'exercer ses pouvoirs de substitution d'office en matière budgétaire.

Voir page 92 et suivantes.

Le pouvoir réglementaire

Vous rappellerez en introduction que le pouvoir réglementaire, qui ne pouvait auparavant s'exercer qu'en application de la loi, s'est vu reconnaître par l'article 37 de la Constitution de 1958 un domaine autonome. C'est le pouvoir de prendre des décisions générales, qui ont un caractère obligatoire.

Ses principaux titulaires sont :
– au niveau national, le Premier ministre qui l'exerce en prenant des décrets contresignés par les ministres chargés de leur exécution ;
– au niveau local, le préfet dans le cadre du département et le maire dans la commune ; ils l'exercent en prenant des arrêtés.

Le pouvoir réglementaire constitue une prérogative, mais aussi une obligation : par exemple, pour émettre les mesures d'application d'une loi ou bien lorsque la sécurité ou la salubrité publiques l'exigent. Bien qu'il puisse avoir une portée très générale, ce pouvoir demeure administratif et il est, comme tel, soumis au contrôle de légalité exercé par le juge.

Voir page 107 et suivantes.

Qu'est-ce que le pouvoir de police administrative ?

La difficulté principale de ce sujet réside dans son ampleur. Il recouvre un chapitre entier des manuels, à résumer. Il vous faut donc prendre garde à dire l'essentiel, mais à ne dire que l'essentiel. Vous êtes interrogé sur une notion : la première nécessité, c'est de la définir.

Le pouvoir de police administrative est le pouvoir de réglementer les libertés publiques dont l'administration dispose dans le but d'assurer l'ordre public.

Comme vous venez d'introduire une notion nouvelle, il faut à son tour l'expliciter.

Les principales composantes de cet ordre public sont la sécurité, la salubrité et la tranquillité publiques. La police administrative se définit donc essentiellement par son *but* : la prévention des troubles ; c'est en cela qu'elle se distingue de la police judiciaire, qui tend au contraire à constater et à réprimer les atteintes à l'ordre public.

Un mot sur son organisation.

Les titulaires du pouvoir de police administrative sont le Premier ministre au niveau national, le préfet dans le département (ainsi que le président du conseil départemental, dans certains cas précis) et le maire au niveau communal.

Et, pour finir, il faut essayer de résumer en une phrase ce qui constitue la question essentielle sur le sujet.

En raison des incidences qu'il peut avoir sur les libertés publiques, ce pouvoir est étroitement contrôlé par le juge, qui exige que la gravité de l'atteinte aux libertés soit proportionnelle à l'importance des risques encourus.

Voir page 116 et suivantes.

Quel est le rôle du Tribunal des conflits ?

Vous rappellerez, en introduction, que l'existence du Tribunal des conflits s'explique par le principe de la dualité de juridictions et la nécessité de trancher les cas où la compétence juridictionnelle est incertaine.

Vous poursuivrez en rappelant que le rôle essentiel du Tribunal des conflits est donc de trancher les « conflits d'attributions », négatifs ou positifs. Attention, en décrivant ceux-ci, de ne pas tomber dans l'erreur classique, et souvent commise, qui conduit à définir le conflit positif comme un conflit entre deux juridictions. C'est en effet un conflit entre une juridiction judiciaire et l'administration, où la procédure est menée à l'initiative de celle-ci, qui demande à être jugée par « son juge à elle ».

Puis viendra le rappel des raisons qui ont amené, à partir de 1932, à étendre la compétence du Tribunal aux « conflits de décisions ».

Voir page 138.

Partie III
Finances publiques

Chapitre 1 L'élaboration du budget de l'État

Chapitre 2 L'exécution de la loi de finances

Chapitre 3 Les règles de la comptabilité publique

Chapitre 4 Le contrôle de l'exécution du budget

Chapitre 5 L'impôt

Les finances sont l'un des moyens essentiels de l'action de l'État. De tout temps, le pouvoir a dû recourir à l'impôt, ne serait-ce que pour se donner la possibilité de lever une armée ou d'assurer le fonctionnement de ce qu'on appelle les services régaliens (justice, police, etc.).

Logiquement, la lutte pour le pouvoir qui a opposé à partir du XVIIIe siècle, dans nos pays occidentaux, la monarchie traditionnelle et le pouvoir parlementaire émergent a entraîné la fixation d'un certain nombre de règles qui ont constitué l'amorce d'une « législation financière » ; celle-ci, petit à petit, a encadré les conditions dans lesquelles le pouvoir politique pouvait se procurer des recettes et décider de leur utilisation. C'est à ce titre que s'est progressivement dégagée, en Angleterre, aux États-Unis ou en France, la règle du consentement à l'impôt, selon laquelle les gouvernants ne pouvaient recourir à de nouvelles recettes fiscales sans un accord de représentants élus de la population. Et il faut se souvenir que c'est l'existence d'une grave crise financière qui a obligé le roi Louis XVI à réunir, en 1789, des États généraux qui ne l'avaient pas été depuis 1614, pour autoriser la perception d'impôts nouveaux. Ce fut là l'origine directe de la Révolution de 1789 et du vote de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dont l'article 14 rappelle précisément ce principe *(« Les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée »)*.

Il y a donc un lien direct entre évolution des régimes politiques et règles des finances publiques. Les progrès de la démocratie se sont historiquement traduits par un renforcement des pouvoirs des assemblées parlementaires, qui ont conquis à la fois le droit de décision sur le montant et le contenu du budget et des pouvoirs de contrôle sur son exécution. En régime démocratique, le vote du budget est la principale prérogative des représentants élus du peuple et c'est ce qui explique, par exemple, qu'en France, l'examen des lois de finances doive traditionnellement être soumis à la Chambre la plus représentative parce qu'élue au suffrage universel direct, l'Assemblée nationale, avant de l'être à celle qui l'est moins du fait de son élection au suffrage indirect, le Sénat.

Introduction

Lorsque, après la IIIe et la IVe République, les abus de l'omnipotence parlementaire ont entraîné une réaffirmation forte des prérogatives de l'exécutif qui s'est traduite dans les principes développés par la Constitution de 1958, la matière financière a constitué l'un des domaines d'élection de cette volonté de réaction (avec, par exemple, la limitation du droit d'amendement parlementaire).

1. Le développement des règles de droit budgétaire

Se sont développées, à partir du XIXe siècle, en relation étroite avec l'évolution des principes constitutionnels, des règles de droit budgétaire déterminant les conditions d'élaboration et de vote du budget de l'État et qui mettent largement en jeu les relations entre le gouvernement et le Parlement ; après avoir été prévues par l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 relative aux lois de finances, véritable « Constitution financière » de la France, elles ont été modifiées par l'adoption de la **loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances (LOLF)**, qui est aujourd'hui le texte fondamental en la matière. Parallèlement, se sont aussi développées des règles concernant l'exécution et le contrôle des opérations financières des organismes publics : celles de la **comptabilité publique**, qui concernent le plus souvent des rapports internes à l'administration. Enfin, il ne faut pas oublier les dispositions du **droit fiscal**, qui réglementent en particulier les conditions d'établissement et de perception de l'impôt (voir chapitre 5).

Traditionnellement, le **budget** de l'État constitue un acte de prévision des recettes qu'il pourra percevoir et des dépenses qu'il sera autorisé à réaliser durant la période couverte par le budget. À ce titre, il concrétise une volonté politique par laquelle le gouvernement et sa majorité parlementaire expriment des choix : décider une hausse de l'impôt sur le revenu des personnes physiques, limiter les recrutements, voire réduire le nombre des fonctionnaires, choisir tel secteur, l'éducation ou la défense pour y privilégier la dépense publique au détriment de tel autre. Cette volonté politique crée des effets juridiques, en ce sens que le vote du budget constitue un acte d'autorisation indispensable pour que le gouvernement puisse percevoir les recettes et engager les dépenses qu'il prévoit.

Ce n'est cependant qu'une prévision, et l'exécution réelle du budget peut conduire, sur un certain nombre de points, à des résultats différents de ceux qui avaient été prévus : la conjoncture économique peut s'améliorer et faire que le rendement des impôts assis sur l'activité économique soit supérieur au chiffre escompté (on avait ainsi parlé, il y a quelques années, d'une « cagnotte » constituée en fin d'année budgétaire) ; ou à l'inverse, elle peut se dégrader et entraîner une augmentation du déficit budgétaire prévu.

Le « budget » ne constitue donc qu'une espèce particulière au sein des **lois de finances**, dont l'article 1er de la loi du 1er août 2001 distingue plusieurs catégories.

– La *loi de finances de l'année*, qui correspond à la notion traditionnelle de budget : elle « *décrit, pour une année, l'ensemble des recettes et des dépenses budgétaires de l'État* » (art. 6 de la LOLF). Elle doit être déposée le premier mardi d'octobre de l'année qui précède celle de l'exécution du budget.

– Les *lois de finances rectificatives*, appelées *collectifs budgétaires*, corrigent en cours d'année les prévisions de la loi de finances initiale. Elles peuvent le faire pour différentes raisons : soit pour tenir compte des erreurs de prévision et tirer les conséquences de la réalité de la conjoncture économique ; soit, par exemple en cas de changement de majorité politique en cours d'année, pour substituer les orientations nouvelles à celles du gouvernement précédent ; soit, plus simplement, pour permettre au gouvernement, avec l'accord de sa majorité, d'engager des dépenses supplémentaires dont l'effet sur le déficit budgétaire passera davantage inaperçu que si elles avaient été votées en début d'année.

– La *loi de règlement* « *constate les résultats financiers* » de l'année budgétaire. Elle mesure les écarts entre ce qui a été prévu et ce qui a été réalisé. Le projet de loi de règlement doit être déposé et distribué avant le 1er juin de l'année suivant celle de l'exécution du budget auquel il se rapporte.

– Les *lois de finances spéciales* prévues à l'art. 45 de la LOLF[1].

En bref, un budget, cela s'élabore, s'exécute et s'évalue ; le tout, dans le respect de principes fondamentaux posés depuis près de deux siècles mais qui ont, au fil des temps, été largement aménagés.

2. Les grands principes budgétaires

En démocratie, l'autorité budgétaire principale est normalement le Parlement. C'est lui qui détient la clé des possibilités de percevoir les recettes et d'engager les dépenses. Et c'est pour l'affirmation de ce pouvoir qu'ont été définis dès le XIXe siècle un certain nombre de principes budgétaires fondamentaux.

1. Ce sont celles qui interviennent lorsque, pour telle ou telle raison, le Parlement n'est pas en mesure de voter la loi de finances dans les délais constitutionnels. Elles peuvent résulter soit d'un retard imputable au gouvernement, lorsque celui-ci ne dépose pas le projet de loi de finances initiale en temps utile ; soit d'un retard imputable au Conseil constitutionnel lorsque, comme en 1979, celui-ci déclare le projet voté contraire à la Constitution et empêche ainsi sa promulgation dans les délais requis.

Ces principes traditionnels sont au nombre de quatre (annualité, unité, universalité et spécialité budgétaires, voir ci-dessous) et leur affirmation a eu pour objet d'éviter toute possibilité pour le gouvernement d'échapper au contrôle parlementaire. Ils s'inscrivent étroitement dans le cadre des relations établies entre le gouvernement et le Parlement, et ils ont donc été fortement affectés, au cours de leur histoire, par l'esprit et l'interprétation des dispositions constitutionnelles. Par exemple, la volonté de réduire l'omnipotence parlementaire, qui caractérisait la Constitution de la Ve République à ses origines, avait entraîné la mise en œuvre des techniques du parlementarisme rationalisé dans le domaine budgétaire et conduit à donner au gouvernement des prérogatives importantes, tant dans la phase de préparation du budget que dans son vote. Sans revenir sur cette orientation générale, la LOLF, loi d'origine parlementaire, s'est inscrite dans un cadre un peu différent et elle redonne des pouvoirs au Parlement au plan de l'initiative et du contrôle. L'état actuel des grands principes budgétaires est la résultante de ces évolutions successives.

1. Les quatre principes traditionnels

Les trois premiers sont réaffirmés par l'article 6 de la LOLF ; le quatrième est rappelé dans son article 7.

– Le principe de l'**annualité budgétaire** est fondé sur le souci d'un contrôle périodique et à intervalles rapprochés du Parlement sur le budget. Les autorisations contenues dans celui-ci sont en principe limitées à la durée de l'année budgétaire. Le budget ne doit donc pas contenir d'autorisations ni de prévisions dépassant cette durée ; toutes les autorisations données tombent au-delà d'un an. L'objectif visé par ce principe est aussi d'obliger le gouvernement à faire renouveler à intervalles périodiques l'autorisation de percevoir les impôts.

– Le principe de l'**unité budgétaire** signifie deux choses : toutes les recettes et toutes les dépenses doivent figurer dans un document unique soumis à l'approbation du Parlement, intitulé budget de l'État ; et il ne peut y avoir qu'une seule loi de finances initiale qui les retrace toutes. Ce principe tend à garantir la sincérité du budget et en particulier à vérifier s'il est réellement en équilibre.

– Le principe de l'**universalité budgétaire** vise à l'information complète du Parlement. Il a deux significations : interdire la contraction de certaines recettes ou de certaines dépenses, ou bien leur compensation, pour permettre au Parlement de connaître en détail toutes les opérations financières prévues par le budget ; interdire l'affectation de certaines recettes à la couverture de certaines dépenses. L'État est un tout ; aucun service, aucune administration particulière n'est propriétaire de ses recettes. Le fonctionnaire qui violerait ce principe, celui qui revendrait par exemple certains biens usagés de l'administration sans passer par l'administration des Domaines et utiliserait les sommes ainsi recueillies pour les remplacer directement serait considéré, même s'il n'en tire aucun profit personnel, comme détenteur irrégulier de fonds publics et se rendrait coupable d'une gestion de fait (voir page 185).

– Le principe de la **spécialité budgétaire** ne s'applique qu'aux dépenses et il est, des quatre principes, celui dont le sens a été le plus fortement modifié par la LOLF, au point qu'on peut s'interroger sur sa persistance effective. Certes, la LOLF maintient la notion de « spécialité », puisqu'elle dispose, dans son article 7, que *« les crédits sont spécialisés par programme ou par dotation »*. Mais cette spécialité est désormais beaucoup plus lâche qu'autrefois. La LOLF a fait disparaître la notion ancienne de chapitre budgétaire, qui interdisait d'utiliser un crédit budgétaire pour un autre objet que celui pour lequel il était prévu, sauf s'il avait préalablement fait l'objet d'un virement de chapitre à chapitre, dans les conditions prévues strictement par l'ordonnance de 1959. Depuis la LOLF, l'ordonnateur dispose d'une marge de manœuvre qui lui permet d'utiliser des crédits pour un autre objet que celui pour lequel ils ont été votés. Son enveloppe est « globale » et les crédits sont dits *« fongibles »*, sous réserve des limitations qu'on décrira ci-dessous.

– À ces quatre principes traditionnels s'en ajoute un cinquième, celui de **sincérité** ; dégagé à partir de 1993 par le Conseil constitutionnel, repris par la LOLF et désormais consacré par le nouvel article 47-2 de la Constitution, il recouvre deux aspects : la fiabilité des prévisions inscrites dans la loi de finances (les recettes ne doivent pas avoir été artificiellement gonflées ni les dépenses minorées) ; l'exactitude dans la tenue des comptes à l'occasion de son exécution.

2. L'atténuation de ces principes

a) Le principe d'annualité

Il a été souvent critiqué : on lui reproche de négliger le fait qu'une politique publique a souvent besoin de persévérance et de continuité sur plusieurs années pour être efficace. L'annualité peut donc être gênante et interdire les perspectives économiques à long terme, alors que les décisions prises une année donnée peuvent avoir des conséquences bien au-delà de son terme (c'est le cas, par exemple, pour le recrutement de nouveaux fonctionnaires ou pour une augmentation de la dette) ; elle contredit alors l'idée de gestion prévisionnelle ou de planification de l'action financière. L'annualité peut aussi être irréaliste, lorsque certaines opérations, par exemple de construction, durent plusieurs années. Cela explique que le principe ait été grignoté de plusieurs manières. En le réaffirmant dans son article 15, la LOLF a cherché à encadrer plus strictement les exceptions qui lui étaient traditionnellement apportées. Mais elle a, en même temps, introduit dans les textes officiels des exigences de prévision pluriannuelle qui ne résultaient, avant elle, que de simples pratiques apparues à la fin des années 1990.

• Un meilleur encadrement des dérogations antérieures

L'ordonnance de 1959 distinguait les « services votés » et les « mesures nouvelles ». Les premiers correspondaient aux crédits finançant les dépenses reconductibles d'une année à l'autre (par exemple, la rémunération des fonctionnaires) ; puisqu'on les considérait comme contraints, ils faisaient l'objet d'un vote unique, en bloc ; seules les mesures nouvelles, pour lesquelles des possibilités de choix étaient reconnues au gouvernement et au Parlement, étaient discutées et votées en détail. On a reproché à cette distinction d'être, par nature, inflationniste : on ajoute sans

se demander si on peut retrancher. La LOLF l'a donc supprimée et elle exige désormais que tous les crédits sans exception soient justifiés au premier euro. En présentant ses prévisions, le gouvernement doit donc désormais analyser et expliquer la totalité des crédits, et le Parlement peut les discuter intégralement en fonction des finalités et de l'efficacité de la dépense.

- **Les autorisations d'engagement (article 8 de la LOLF)**

L'ordonnance de 1959 avait développé, en matière d'investissement public, la notion d'*autorisation de programme* (AP). Une opération importante de travaux publics, par exemple la construction d'un bâtiment universitaire, s'étale généralement sur plusieurs années. Il faut trouver le terrain, établir le projet architectural, préparer le dossier de permis de construire, choisir les entreprises, etc. Le Parlement votait donc des autorisations de dépenses qui permettaient au ministre ou à son administration d'engager le début des opérations.

Cela donnait à l'administration la possibilité de planifier le déroulement de l'opération et de programmer des dépenses en prévoyant une première année, par exemple, les crédits nécessaires à la mise au point du programme architectural puis, l'année suivante, la viabilisation du terrain, enfin la construction proprement dite, tout en ayant l'assurance qu'elle pouvait aller jusqu'au bout de son projet. Cependant, pour la réalisation effective de chacune des phases, elle devait disposer de crédits de paiement qui, eux, restaient soumis, pour leur vote par le Parlement ou leur utilisation par l'administration, au principe de l'annualité budgétaire.

L'article 8 de la nouvelle loi substitue les autorisations d'engagement aux anciennes autorisations de programme et il apporte deux nouveautés importantes : les autorisations d'engagement peuvent concerner des dépenses de fonctionnement, alors que les autorisations de programme se limitaient aux dépenses d'investissement. D'autre part, dans le système de 1959, les autorisations de programme restaient valables, sans limitation de durée, jusqu'à leur éventuelle annulation ; avec la LOLF, elles doivent faire l'objet d'une décision expresse de report sur l'exercice suivant et majorer les crédits de cet exercice, à l'exception des crédits de personnels (article 15 de la loi).

- **Les reports de crédits**

Le gouvernement peut aussi s'affranchir en partie de l'annualité budgétaire par la technique des reports de crédits. Les crédits non consommés pendant l'année budgétaire seront ajoutés au budget de l'année suivante. Par rapport à l'ordonnance de 1959, la LOLF (article 4) élargit le champ des crédits reportables ; elle soumet cependant les reports à des contraintes plus fortes. Si les autorisations d'engagement peuvent être reportées sans limite sur le même programme ou sur un programme équivalent, la majoration des reports de crédits de paiement est en principe limitée à 3 % des crédits initiaux d'un programme ; et le report, prononcé par arrêté conjoint du ministre des Finances et du ministre intéressé, doit se faire avant le 31 mars.

- **Les lois de programme**

Enfin, à une époque où l'idée de planification revêtait une forte importance, la Constitution de 1958 avait développé la notion de loi de programme. Une loi de programme définit à la fois des objectifs d'action dans un domaine précis, sur une durée pluriannuelle (généralement cinq ans) et des moyens financiers à mettre en œuvre, sur la même durée, pour réaliser ces objectifs. En 1986 (décision du 26 juin), le Conseil constitutionnel a exigé que ces deux éléments (objectifs et moyens financiers) soient réunis pour qu'une loi puisse s'appeler « loi de programme » au sens de l'article 34 de la Constitution.

La loi de programme n'est pas une loi de finances, dans la mesure où les engagements financiers qu'elle comporte, et qui revêtent souvent la forme d'autorisations de programme, ne se suffisent pas à eux seuls et doivent, pour donner lieu à dépense effective, être repris dans les lois de finances ultérieures. Elle constitue donc, d'abord et avant tout, un *engagement politique*. Son domaine privilégié a été et reste le secteur des investissements militaires, mais on a utilisé le procédé dans de nombreux autres secteurs (par exemple, la recherche). La notion de loi de programme n'est pas reprise dans la LOLF, mais elle figure toujours dans la Constitution : rien n'empêcherait donc un gouvernement d'y recourir.

- **L'obligation d'une prévision pluriannuelle**

La France a adhéré à l'euro ; même si cette exigence n'a pas été respectée de façon très stricte ces dix dernières années, cela lui impose une certaine discipline économique pour éviter de mettre en danger la stabilité de cette monnaie commune. C'est pour répondre à cet impératif que les autorités européennes imposent de plus en plus, dans le cadre de la politique monétaire imposée par l'existence d'une monnaie unique, des engagements de stabilité allant au-delà de l'année en cours. Dans son article 50, la LOLF impose donc que le rapport sur la situation et les perspectives économiques, sociales et financières de la nation présente et explicite les perspectives d'évolution des recettes et des dépenses de l'État pour au moins les quatre années à venir, ainsi qu'une prévision de l'évolution de la dette de l'ensemble des administrations publiques. Les articles 48 et 52 prévoient aussi l'obligation de décrire l'évolution prévisible de l'économie nationale et des prélèvements obligatoires.

Au début de l'été 2011, le président Sarkozy avait voulu faire introduire dans la Constitution une « règle d'or » ; ce texte créait une nouvelle catégorie de lois dites *« d'équilibre des finances publiques »*, s'appliquant au budget de l'État et à celui de la Sécurité sociale et instituant des planchers de recettes et des plafonds de dépenses pour permettre le retour à l'équilibre budgétaire en trois ans. Faute de majorité parlementaire suffisante, la révision constitutionnelle a échoué. Le projet de règle d'or a cependant ressurgi avec la signature, le 2 mars 2012, du traité européen sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG) (voir page 207), qui interdit aux États de la zone euro de dépasser un certain niveau de « déficit structurel » et met en place une automaticité des sanctions contre ceux d'entre eux qui ne respectent pas les règles qu'il pose.

Le Conseil constitutionnel ayant déclaré, dans sa décision du 9 août 2012, que le traité ne comportait aucune disposition contraire à la Constitution et qu'il ne portait pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, le président Hollande a estimé que la

transposition des procédures de surveillance instaurées par le TSCG pouvait se faire dans le cadre d'une loi organique, celle du 17 décembre 2012.

b) Le principe de l'unité budgétaire

Il connaît lui aussi des exceptions.

- **Les budgets annexes**

La LOLF autorise le gouvernement à regrouper dans des comptes particuliers, individualisés à l'intérieur de la loi de finances et appelés budgets annexes, toutes les opérations financières de certains services de l'État non dotés de la personnalité morale et ayant, en principe, une activité industrielle ou commerciale. Le principal budget annexe a longtemps été celui des PTT mais, depuis 1991, La Poste et France Télécom ont été dotées de la personnalité morale et leurs opérations financières n'ont donc plus à figurer, même sous forme de budget annexe, au budget de l'État. Restent donc **deux budgets annexes** (« Publications officielles et information administrative », « Contrôle et exploitation aériens ») dont le régime est fixé par l'article 18 de la LOLF. Un des intérêts essentiels de la notion de budget annexe est à la fois de permettre une affectation des recettes et, par la constitution de réserves, d'échapper en partie à la règle de l'annualité budgétaire.

- **Les comptes spéciaux**

L'exception la plus importante concerne cependant l'existence des comptes spéciaux. À l'origine, leur création s'explique par le fait qu'ils retracent des opérations qui ne constituent ni des recettes, ni des dépenses définitives. Ainsi, lorsqu'un comptable public entre en fonction, pour couvrir son éventuelle responsabilité, il verse un cautionnement qui doit normalement lui être remboursé quelques années plus tard, quand il cessera ses fonctions. Cette entrée de fonds n'est donc pas une véritable recette et l'inscrire au budget de l'État risquerait de le gonfler artificiellement et de donner une fausse idée de sa situation. Mieux vaut tenir une comptabilité séparée, qui sera du coup plus exacte.

À partir de cette idée simple, la technique des comptes spéciaux du Trésor a été utilisée dans de nombreuses circonstances qui s'éloignaient de l'hypothèse initiale. On y a recouru, par exemple, pour regrouper des recettes financières définitives qu'on souhaitait, à l'encontre des principes traditionnels, affecter à un service donné. Afin d'éviter les abus, les comptes spéciaux doivent être ouverts par la loi de finances, pour une durée annuelle. En principe, le Parlement exerce sur les comptes spéciaux le même contrôle que sur le budget général. La LOLF reprend, dans ses articles 19 et suivants, la notion de compte spécial, dont elle prévoit **quatre catégories** (comptes de commerce[2], d'opérations monétaires[3], de concours financiers[4] et d'affectation spéciale[5]).

Budgets annexes et comptes spéciaux ne constituent que des modes de présentation particuliers de certaines opérations financières, qui ne remettent pas en cause le principe du contrôle parlementaire. Mais il existe des façons plus pernicieuses de contourner le principe de l'unité budgétaire.

- **La débudgétisation**

C'est le cas de la débudgétisation, opération qui consiste à transférer certaines dépenses du budget de l'État à celui d'organismes qui, bien que dépendant étroitement de l'État, ont une personnalité propre distincte de la sienne. Certaines de ces opérations représentent de simples modifications de présentation qui visent, par l'individualisation du budget correspondant à une activité donnée, à faciliter la comparaison entre les ressources que rapporte cette activité et les dépenses qu'elle génère. D'autres permettent de sortir du budget de l'État des sommes importantes et peuvent présenter l'inconvénient de rendre plus difficile l'appréciation exacte de l'état des finances publiques. On en a des exemples périodiques, et encore récents, avec les querelles sur la réalité des baisses de prélèvements obligatoires. Quand on sait que le budget de la Sécurité sociale, essentiellement financé par ce type de prélèvements, est supérieur à celui de l'État, on peut comprendre que celui-ci soit fréquemment accusé de reprendre d'une main ce qu'il donne de l'autre, en baissant quelques impôts de façon ostentatoire, mais en « laissant filer » les prélèvements sociaux. Pour répondre en partie à cette question, la révision constitutionnelle de 1996, complétée en 2005, a imposé la discussion par le Parlement des lois de financement de la Sécurité sociale, lui permettant ainsi de contrôler ce financement.

c) La règle de l'universalité budgétaire

Elle est, elle aussi, remise en cause par des atteintes aux principes de non-compensation ou de non-affectation. Certaines de ces atteintes sont autorisées : on admet ainsi, pour laisser une plus grande autonomie de gestion à l'administration, que ne figure au budget qu'un solde net, en recette ou en dépense, s'agissant de certains comptes spéciaux. C'est d'ailleurs souvent pour faciliter les affectations de recettes que l'on crée des budgets annexes ou des comptes spéciaux. Mais il existe d'autres atténuations du principe : les fonds de concours et le prélèvement sur recettes.

2. Ils retracent les opérations à caractère industriel et commercial effectuées à titre accessoire et sont dix au budget 2016 (exemple : « Cantine et travail des détenus dans le cadre pénitentiaire » qui regroupe recettes réalisées et dépenses engagées à l'occasion du travail des détenus).

3. On en compte trois au budget de 2016 (exemple : « Pertes et bénéfices de change »).

4. Ils regroupent les prêts et avances consentis par l'État et sont six au budget 2016 (exemples : « Avances aux collectivités territoriales » et « Prêts à des États étrangers »).

5. Ils sont financés par des ressources spécifiques et sont au nombre de onze au budget 2016 (par exemple, le compte « Pensions », alimenté par les retenues et contributions pour pensions civiles et militaires).

- **La procédure des fonds de concours**

Elle donne la possibilité au gouvernement de « budgéter » en recettes des contributions de personnes publiques ou privées et de prévoir un montant de dépenses équivalent[6]. Cette opération, réalisée par décret, permet de compléter les dotations budgétaires mais, ne figurant pas dans une loi de finances, elle échappe au contrôle du Parlement. Lorsque la somme est effectivement gagée sur des ressources en provenance d'une autre collectivité, la technique des fonds de concours n'est pas critiquable. Il en va autrement lorsque l'État s'en sert pour des « virements internes » lui donnant la possibilité, par exemple, de faire passer des crédits d'un budget annexe ou d'un compte spécial du Trésor vers le budget général. L'article 17 de la LOLF interdit désormais cette pratique.

- **Le prélèvement sur recettes**

L'article 6 de la LOLF autorise aussi une entorse au principe d'universalité par ce qu'on appelle les prélèvements sur recettes. À plusieurs reprises l'État a, par exemple, supprimé des impôts locaux ; il doit donc – du moins en principe – compenser le manque à gagner des collectivités territoriales par l'attribution d'une somme globale. Il doit aussi, chaque année, assurer la contribution de la France au budget de l'Union européenne. Les gouvernements ont pris l'habitude de déduire l'ensemble de ces sommes du montant brut des recettes, pour les affecter directement aux dépenses correspondantes. Le Conseil constitutionnel a validé cette pratique dans une décision du 29 décembre 1982, et la LOLF l'autorise désormais dans son article 6. Il y a donc à la fois contraction et affectation directe.

d) Le principe de spécialité

Il est sans doute le plus concerné par l'évolution résultant du vote de la LOLF.

- **Les dispositions de la loi du 1er août 2001**

On a abandonné, à partir du budget de 2006, le découpage en chapitres (il y en avait près de 850) au profit de la spécialisation des crédits en **programmes**, ce qui traduit la volonté de substituer à une logique de moyens une logique de définition d'objectifs et de contrôle des résultats. Les 116 programmes du projet de loi de finances pour 2017 (budget général de l'État) sont regroupés au sein de **31 missions**, qui concernent chacune une grande politique de l'État (exemples : « Culture », « Défense », « Enseignement scolaire ») et qui ne peuvent être créées que par une disposition de la loi de finances votée sur proposition gouvernementale. Ces missions correspondent soit à un service ministériel ou à plusieurs services relevant d'un ou de plusieurs ministères, soit à un budget annexe ou à un compte spécial. Les missions peuvent être interministérielles, mais les programmes restent ministériels. Les crédits sont votés par missions et c'est au niveau du programme que s'applique désormais le principe de spécialité.

Dans l'exécution du budget, le gestionnaire a donc la liberté de redéployer les crédits entre les titres au sein d'un même programme. Cela lui permet, par exemple, de faire glisser des crédits de fonctionnement vers ceux de dépenses d'intervention ou d'investissement, et inversement. La seule limite est l'interdiction d'abonder les dépenses de personnel inscrites dans le programme par des crédits provenant d'un autre titre. C'est ce qu'on appelle une **fongibilité asymétrique** : on peut utiliser des crédits de personnels pour abonder, par exemple, les crédits de fonctionnement, mais pas l'inverse.

Le gestionnaire sera surtout contrôlé sur sa capacité à respecter les engagements pris dans le cadre du projet annuel de performance (PAP, voir plus loin), qui fixe les objectifs à atteindre et détermine des indicateurs permettant de mesurer leur réalisation. On est ici au cœur de la nouvelle logique de la LOLF et de l'importance qu'elle accorde à la notion d'efficacité.

Pourquoi la LOLF ?

L'ordonnance de 1959 avait souvent été critiquée, au sein du Parlement et en particulier de la gauche, pour la rigidité avec laquelle elle encadrait les pouvoirs du Parlement en matière budgétaire. Elle n'avait pourtant jamais été modifiée, sauf sur des points mineurs, même après l'alternance politique de 1981. Un groupe de travail avait été mis en place, après l'alternance de 1997, pour étudier l'efficacité de la dépense publique et du contrôle parlementaire. Ses travaux ont conduit au dépôt d'une proposition de loi, présentée le 11 juillet 2000 par la commission des finances de l'Assemblée nationale. Adopté en termes identiques par les deux Chambres, conformément à l'article 46 de la Constitution, et à une très forte majorité, soumis au Conseil constitutionnel en vertu du même article, ce texte, qui vise à renforcer les pouvoirs du Parlement, est devenu la loi organique du 1er août 2001.

La LOLF renouvelle complètement l'approche budgétaire traditionnelle ; elle a pour objectifs essentiels de passer d'une culture de moyens à une culture de **performance**, de substituer à un contrôle de conformité un **contrôle d'efficacité**, et de remplacer le raisonnement en termes de fonctions à remplir par un accent mis sur des **objectifs** à atteindre (cette évolution devait aussi s'appliquer à l'ensemble de la gestion administrative mais, sur ce point, les objectifs de la loi semblent loin d'être atteints).

Les dispositions de cette loi ne sont entrées en vigueur que progressivement et par étapes, entre 2002 et 2005. Le projet de loi de finances pour 2006 a été le premier à être préparé et exécuté selon la totalité du nouveau dispositif. En principe, deux règles traditionnelles sont affectées par les dispositions nouvelles : les principes d'annualité et de spécialité. L'effet de ces évolutions est double : il accroît les pouvoirs du Parlement au niveau du vote du budget et de son contrôle et il renforce la responsabilité des gestionnaires de crédits au niveau de son exécution.

6. Il en est ainsi lorsqu'une région ou un département octroie une aide finançant partiellement la construction d'un équipement public (universitaire, par exemple) dans un secteur relevant de la compétence de l'État.

Missions et programmes : l'exemple de l'enseignement scolaire et celui de la recherche et de l'enseignement supérieur dans le Projet de loi de finances 2017

Deux missions interministérielles :

1) Enseignement scolaire, six programmes :

Enseignement scolaire public du premier degré

Enseignement scolaire public du second degré

Vie de l'élève

Enseignement privé du premier et du second degrés

Soutien de la politique de l'Éducation nationale

Enseignement technique agricole.

2) Recherche et enseignement supérieur, neuf programmes :

Formations supérieures et recherche universitaire

Vie étudiante

Recherches scientifiques et technologiques pluridisciplinaires

Recherche spatiale

Recherche dans les domaines de l'énergie, du développement et de la mobilité durables

Recherche et enseignement supérieur en matière économique et industrielle

Recherche duale (civile et militaire)

Recherche culturelle et culture scientifique

Enseignement supérieur et recherche agricoles.

Chapitre 1
L'élaboration du budget de l'État

La répartition des pouvoirs en matière budgétaire est très claire : c'est au gouvernement qu'il revient d'élaborer les projets de lois de finances et c'est au Parlement qu'il appartient de les voter. Mais la Constitution s'est aussi montrée très soucieuse d'éviter qu'à l'occasion du vote du budget, le Parlement puisse gravement dénaturer les grandes lignes de la politique économique et financière ayant animé le contenu du projet. Elle a donc laissé au gouvernement d'importants moyens d'influence sur le vote parlementaire. Sans remettre en cause le principe général, la LOLF restitue cependant au Parlement certains pouvoirs dans la discussion budgétaire.

La mise en place d'une monnaie unique dans le cadre européen entraîne cependant une surveillance accrue des instances de l'Union sur les budgets des États membres de la zone euro. En mai 2013, le Conseil de l'Union européenne a adopté deux règlements visant à améliorer la gouvernance économique dans cette zone (le *« two-pack »*). En vertu de ces règlements, chaque État membre doit soumettre tous les ans à la Commission, le 15 octobre au plus tard, son projet de budget pour l'exercice suivant. Si l'examen de ce projet met en évidence un non-respect grave des obligations budgétaires fixées dans le Pacte de stabilité et de croissance (voir page 207), la Commission demandera qu'un projet de budget révisé soit établi (en 2014, celui de la France a été accepté). Certes, elle ne peut rien imposer et le Parlement national aura le dernier mot ; mais il sera averti des risques de sanctions financières encourues si le pays ne respecte pas ses engagements.

Pourquoi les choix budgétaires sont-ils limités ?

La conjoncture économique a une influence très forte sur les recettes de l'État, et on entend régulièrement des discussions autour du caractère réaliste ou non du taux de croissance retenu comme hypothèse par le gouvernement. La mise en place de l'unification européenne revêt aussi une importance croissante, et on voit bien la référence constante aux engagements pris par les États membres (Pacte de stabilité) pour garantir la solidité de la monnaie européenne. Cela ne signifie pas que toute marge de manœuvre ait disparu. Dès avant la crise économique et financière de 2009, certains gouvernements nationaux s'étaient octroyé des pouvoirs plus importants. Le gouvernement français s'est ainsi largement affranchi des critères de Maastricht, régulièrement rappelés par les instances européennes, et a laissé filer les déficits bien au-delà des limites imparties lors de l'introduction de l'euro. Dans son rapport sur l'exécution du budget national de 2008, la Cour des comptes soulignait que, du fait de la difficulté que l'État éprouvait à maîtriser ses dépenses et des allègements fiscaux qu'il avait généreusement octroyés, le déficit de l'année budgétaire représentait un cinquième des dépenses de l'État et le quart de ses recettes[1].

L'accumulation des déficits annuels a alourdi considérablement la dette française, qui représentait 79 % du PIB en 2009 et a atteint 2 148 milliards d'euros en 2015, soit 96,5 % du PIB. Cet accroissement obère de plus en plus les capacités d'emprunt du pays et enclenche de ce fait un processus d'accélération du poids de la dette, par l'augmentation des taux d'intérêt qu'elle génère. D'où l'importance que les gouvernants attachent à l'évaluation, par les agences internationales de cotation financière, de leur risque d'insolvabilité (le fameux « triple A » que plusieurs pays, dont la France, ont perdu).

C'est en matière de dépenses que la liberté de l'État est la moins importante : la plus grosse partie de celles-ci est en effet conditionnée par des décisions antérieures. Comme on l'a déjà constaté, le recrutement d'un fonctionnaire titulaire entraînera l'obligation de lui verser pendant plusieurs dizaines d'années un traitement qui ira constamment en s'accroissant (passages d'échelon, promotions, etc.). Pour un budget comme celui de l'enseignement scolaire, où près de 95 % des dépenses sont des dépenses de personnel, on voit donc combien la marge de manœuvre est limitée.

L'article 32 de la LOLF interdit explicitement au gouvernement de « tricher » dans l'élaboration du budget. Il exige en effet qu'y soit présenté *« de façon sincère l'ensemble des ressources et des charges de l'État »*[2].

1. En 2015, le déficit était estimé à 77,4 milliards d'euros, soit 3,6 % du PIB (moins 0,4 % par rapport à 2014, mais plus 38 % en dix ans).

2. Le Conseil constitutionnel a précisé le sens du principe de sincérité à propos du budget 2003. L'opposition, estimant que l'hypothèse de croissance économique retenue par le gouvernement était trop élevée et que cela faussait les grandes lignes de l'équilibre budgétaire, demandait l'interdiction de la promulgation de la loi de finances. Le Conseil constitutionnel s'y est refusé *« compte tenu des aléas inhérents à l'évaluation des recettes et des incertitudes relatives à l'évolution de l'économie »*. Mais il a rappelé au gouvernement que l'article 14 de la LOLF lui imposait d'informer le Parlement de toute mesure d'annulation de crédits et qu'au cas où, en cours d'exécution, les grandes lignes de l'équilibre budgétaire s'écarteraient sensiblement des prévisions, le gouvernement aurait l'obligation de déposer un projet de loi de finances rectificative.

1. La préparation de la loi de finances de l'année

La confection d'un budget exige une compétence financière. Il est par conséquent normal que le rôle essentiel en la matière soit dévolu au ministre des Finances par l'article 38 de la LOLF. Mais, même si les choix possibles ne sont pas toujours aussi ouverts qu'on le souhaiterait, dans la mesure où ils restent très dépendants de la conjoncture économique et où une grande partie des dépenses est largement conditionnée par celles des budgets précédents, le budget constitue d'abord l'affirmation de choix politiques qu'il traduit en termes financiers. Le même article réaffirme donc l'autorité du Premier ministre dans l'élaboration des projets de lois de finances et, en rappelant que ceux-ci sont arrêtés en conseil des ministres, il souligne le poids de la solidarité gouvernementale en la matière.

La préparation du budget s'étale tout au long de l'année. Dès le début de l'année civile, à la suite d'un séminaire gouvernemental consacré à la stratégie budgétaire, le Premier ministre adresse aux ministres des **lettres de cadrage** par lesquelles, tout en rappelant les grands axes de la politique budgétaire (niveau du déficit retenu, détermination du niveau global des dépenses, etc.), il détermine les contraintes qui s'imposent au ministère concerné. Au cours du premier trimestre, au sein de chaque ministère, un **arbitrage** se fait, sous l'autorité du cabinet du ministre, entre les demandes de crédits présentées par les différentes directions. Dans le même temps, au ministère des Finances, la direction du Budget prépare une esquisse du projet : elle fait une évaluation du taux de croissance, une appréciation des recettes prévisibles, une estimation des dépenses probables…

Une première série de **conférences budgétaires**, organisées entre janvier et mars, confronte les points de vue entre le ministère du Budget et les ministres « dépensiers » : en particulier les réunions de budgétisation, qui rassemblent pour chaque ministère la direction du Budget et la direction ministérielle chargée des questions financières, et déterminent les points d'accord et de désaccord ; et les conférences de performance, qui définissent les objectifs et les indicateurs de performance des politiques publiques. Les désaccords sont arbitrés, selon leur importance, entre les deux cabinets ou les deux ministres, voire, en cas de désaccord persistant, par le Premier ministre. La direction du Budget établit la synthèse des discussions et la communique au Premier ministre : celui-ci adresse, sur cette base, une **lettre plafond** qui fixe, pour chaque mission (voir page 167), le montant des crédits et, pour chaque ministère, les plafonds d'effectifs.

La révision constitutionnelle de 2008 a apporté une modification importante : elle a en effet introduit dans l'article 34 un alinéa nouveau qui prévoit la définition d'**orientations pluriannuelles** des finances publiques, s'inscrivant dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques. La loi du 9 février 2009 a fait pour la première fois usage de cette possibilité ; elle a programmé par mission les dépenses de l'État ainsi que celles des collectivités territoriales jusqu'en 2011 et a limité leur progression à l'inflation. Elle a réduit par ailleurs la croissance des dépenses d'assurance-maladie à 3,3 % par an. Cette programmation pluriannuelle restreint donc les capacités de négociation des ministères pendant la période couverte.

La loi organique du 17 décembre 2012, déjà citée, qui transpose le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (voir page 207) élève au rang de norme cette évolution. Elle impose l'existence de lois de programmation des finances publiques fixant pour au moins trois ans l'objectif à moyen terme de la France et déterminant la trajectoire permettant de le respecter. Ces lois imposeront un plafond aux crédits du budget général de l'État et aux dotations aux collectivités territoriales (la « règle d'or »). Elles encadreront en même temps les dépenses sociales en fixant des objectifs de progression des dépenses des régimes de sécurité sociale et de leur branche maladie. Un Haut conseil des finances publiques de neuf membres, indépendant, placé auprès de la Cour des comptes, présidé par son premier président et composé de quatre membres de la Cour et de quatre personnes désignées respectivement par les présidents des deux Assemblées et les présidents de leurs commissions des finances, se prononce sur les prévisions de croissance du gouvernement et sur le respect de la trajectoire des finances publiques. En cas de dérapage, il peut alerter publiquement le gouvernement et le Parlement sur la nécessité de déclencher un mécanisme de correction.

La LOLF a consacré l'existence d'une pratique qui s'est développée depuis quelques années : son article 48 impose la présentation par le gouvernement, au cours du dernier trimestre de la session parlementaire (donc entre avril et juin), d'un **rapport d'orientation** budgétaire qui peut donner lieu à un débat au Parlement. Ce rapport, élaboré en prévision de l'examen et du vote du budget suivant, doit rendre compte de l'évolution de l'économie nationale et des finances publiques ; il est accompagné d'un rapport de la Cour des comptes sur l'exécution des lois de finances de l'année précédente.

Une deuxième série de conférences budgétaires, dites « de deuxième phase », entre la direction du Budget et, pour chaque ministère, la direction chargée des finances et les principales directions « dépensières », permet ensuite d'identifier de manière précise les points d'accord et de désaccord qui subsistent sur le contenu précis des crédits dont chaque ministre disposera. Les différences persistantes peuvent être soumises à l'arbitrage du cabinet du Premier ministre ou du Premier ministre lui-même.

2. Le vote de la loi de finances

La loi de finances n'est pas une loi comme les autres et cela se traduit dans les particularités de son adoption. Les dispositions de la Constitution de 1958 reprennent sur un certain nombre de points des principes issus de la tradition républicaine ; ainsi, alors que la discussion d'une loi ordinaire peut commencer aussi bien au Sénat qu'à l'Assemblée nationale, les lois de finances doivent obligatoirement être adoptées par l'Assemblée avant tout examen par le

Sénat[7] (article 39 de la Constitution). Ceci constitue une application du principe démocratique essentiel du **consentement à l'impôt** par des représentants directs du peuple.

Sur d'autres points, ces dispositions illustrent la volonté de renforcer le pouvoir de l'exécutif ; inspiré par les principes du parlementarisme rationalisé, l'article 47 de la Constitution donne davantage de pouvoirs au gouvernement pour enserrer ceux du Parlement dans des limites étroites que ne le faisaient les régimes républicains précédents. Sans remettre en cause le principe général, la LOLF a cependant atténué certains de ces aspects et restitué au Parlement certains pouvoirs, en particulier d'amendement.

Le projet de loi de finances pour 2017 évalue les dépenses de l'État à 388,3 milliards d'euros.

1. Un calendrier budgétaire contraignant

Pour que la notion d'autorisation budgétaire ait un sens, un budget doit être voté avant la date à laquelle est censée commencer son exécution. Au cours des Républiques antérieures, le vote était rarement acquis avant le 31 décembre et cela obligeait à recourir à des expédients (arrêter les pendules ou voter des « douzièmes provisoires »[8]). Pour éviter cette situation, l'article 47 de la Constitution de 1958 et les articles 39 et 40 de la LOLF enferment le vote du budget dans des délais très serrés.

a) Des limites très strictes

Le **projet de loi de finances** de l'année doit être déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale au plus tard le premier mardi d'octobre, et le Parlement dispose de soixante-dix jours pour l'adopter[9]. Si l'Assemblée ne l'a pas voté au bout de 40 jours, le gouvernement transmet au Sénat son projet initial, éventuellement corrigé par les amendements votés par l'Assemblée et acceptés par lui. Le Sénat dispose à son tour de 15 jours pour adopter le budget et, s'il ne respecte pas ce délai, le gouvernement ressaisira l'Assemblée du projet soumis au Sénat, éventuellement corrigé par les amendements votés par le Sénat et approuvés par lui.

Ainsi, le gouvernement dispose de pouvoirs importants qui lui permettent de passer outre à tout blocage parlementaire. Lorsqu'en revanche, le retard lui est imputable parce que, par exemple, le projet n'a pas été déposé à temps, la Constitution, précisée désormais par l'article 45 de la LOLF, lui permet de se sortir de ce mauvais pas en demandant au Parlement, soit grâce au vote de la seule première partie de la loi de finances (qui contient en particulier les recettes), soit par le vote d'une loi spéciale, l'autorisation de percevoir les impôts et d'ouvrir par décret les crédits minimaux nécessaires au fonctionnement de l'État[10]. C'est ce qui s'était passé en 1962 : à la suite du renversement du gouvernement Pompidou, l'Assemblée avait été dissoute début octobre et la nouvelle Assemblée, élue fin novembre, n'avait pu se réunir et discuter du budget qu'en décembre, trop tard pour permettre le respect du calendrier budgétaire. Le gouvernement avait donc dû recourir à cette possibilité.

b) Une procédure législative raccourcie

Comme toutes les lois, la loi de finances doit en principe faire l'objet d'un vote concordant des deux assemblées. Mais la **procédure accélérée** prévue par l'article 45 de la Constitution s'applique de droit aux lois de finances de l'année : le gouvernement peut donc demander, dès la fin des premières lectures, la réunion de la commission mixte paritaire (voir page 47) pour essayer de parvenir à un accord. En cas de désaccord après les secondes lectures, le gouvernement demande à l'Assemblée nationale de trancher définitivement.

Si le Parlement ne s'est pas prononcé dans le délai de 70 jours, le gouvernement peut, par ordonnance, mettre en vigueur les dispositions du projet de loi de finances. Cette disposition de l'article 47 ne permettrait certes pas au gouvernement de passer outre à un vote négatif de l'Assemblée, mais elle lui donne la possibilité de résister à toute tentative de blocage de la part de celle-ci. Cette procédure n'a encore jamais été utilisée.

Le vote difficile du budget 2013

Le vote de la loi de finances de 2013 a été entaché de plusieurs incidents témoignant de la rigueur des délais impartis : on y a vu le groupe socialiste proposer au Sénat, afin de pallier l'obstruction de l'opposition, le rejet du budget présenté par le gouvernement qu'il soutenait. En première lecture, le Sénat a rejeté la première partie du budget ; cela a interrompu la discussion en son sein. L'Assemblée nationale a donc repris la discussion en seconde lecture sur le texte qu'elle avait adopté. À l'occasion de la seconde lecture au Sénat, les députés de droite ont décidé de s'abstenir sur le vote des recettes, pour pouvoir discuter en détail de la partie dépenses et retarder d'autant l'adoption définitive de la loi, la repoussant ainsi au-delà des 70 jours prévus par la Constitution, ce qui aurait nécessité son adoption par ordonnance. Pour éviter cette situation, le président du groupe socialiste au Sénat a fait adopter la question préalable (voir page 46) afin de mettre fin à la discussion au Sénat et de permettre une troisième lecture à l'Assemblée.

7. Dans une décision de 1976, le Conseil constitutionnel a déduit de cette disposition l'interdiction faite au gouvernement de présenter, pour la première fois devant le Sénat, sous forme d'amendement, *« une mesure financière entièrement nouvelle »*.

8. On reconduisait le douzième des crédits de l'année précédente pour permettre le fonctionnement de l'État pendant un mois.

9. En ce qui concerne les projets de lois de financement de la Sécurité sociale, le délai au terme duquel l'adoption doit avoir lieu est de 50 jours.

10. C'est-à-dire, précise le dernier alinéa de l'art 45 de la LOLF, *« le minimum de crédits que le gouvernement juge indispensable pour poursuivre l'exécution des services publics dans les conditions qui ont été approuvées, l'année précédente par le Parlement. [Ces crédits] ne peuvent excéder le montant des crédits ouverts par la dernière loi de finances de l'année »*. L'ordonnance de 1959 parlait des « services votés » : cette notion ayant été supprimée par la LOLF, il a été nécessaire de recourir à une formulation moins claire.

2. Des prérogatives parlementaires limitées

D'une part, les assemblées ne sont pas libres d'organiser leurs votes comme elles l'entendent. D'autre part, leur droit d'initiative est limité. En outre, et cela est aussi un moyen d'éviter une éventuelle « guérilla » parlementaire, le nombre de votes à émettre sur le budget est réduit.

a) Les assemblées ne sont pas libres d'organiser leurs votes

L'article 42 de la LOLF interdit de mettre en discussion, devant une assemblée, la seconde partie de la loi de finances avant le vote de la première partie. Comme on l'a vu dans le chapitre précédent, cette première partie fixe les données générales de l'équilibre financier du budget, en déterminant notamment, au regard de l'autorisation de percevoir les recettes, un plafond de dépenses.

Concrètement, cela veut dire que le vote du budget doit débuter par une **approbation** de la politique financière générale définie par le gouvernement. C'est en effet dans la première partie que le gouvernement propose les grands choix politiques sur l'existence éventuelle et l'importance d'un déficit budgétaire, sur l'augmentation ou la réduction des recettes (notamment des impôts) ou des dépenses. Cela veut aussi dire que le budget doit être adopté par deux votes distincts portant sur chacune des deux parties.

L'importance du vote préalable de la première partie du budget : l'exemple du budget de 1980

À la fin de 1979, la majorité parlementaire avait rejeté le dernier article de la première partie fixant les conditions générales de l'équilibre du budget pour 1980. Le président de l'Assemblée nationale avait cependant décidé la poursuite de la discussion parlementaire, en indiquant qu'on reviendrait sur cet article après l'examen de tous les autres.

Les difficultés entre le gouvernement et sa majorité parlementaire se poursuivant, le budget fut finalement voté grâce à l'utilisation de l'article 49 alinéa 3 de la Constitution. Saisi, en particulier par l'opposition, le Conseil constitutionnel conclut, dans sa décision du 24 décembre 1979, que la loi de finances avait été votée de manière inconstitutionnelle et en interdit la promulgation. Privé de budget, le gouvernement dut recourir au vote de la loi spéciale évoquée plus haut et faire revoter en douze jours le budget selon une procédure régulière. Pour accélérer les débats, il eut par trois fois recours à l'article 49-3.

Le Conseil constitutionnel considère donc que l'adoption préalable du principe d'équilibre économique et financier du budget est essentielle, parce qu'elle garantit que le Parlement ne remettra pas en cause cet équilibre dans la suite de la discussion budgétaire. Il ajouta, en 1982, que cela n'interdit pas au Parlement de modifier des dispositions adoptées dans la première partie, mais à la condition expresse que ces modifications ne remettent pas en cause l'équilibre général accepté par le vote de cette partie.

b) Les assemblées ne sont pas entièrement libres du contenu de leurs votes

En matière de loi de finances, les assemblées sont soumises à toutes les limites qui s'imposent aux lois ordinaires. Reprenant une disposition introduite dans un décret-loi de la IVe République qui voulait lutter contre les tentations de « démagogie » parlementaire, l'article 40 de la Constitution déclare irrecevables les propositions ou les amendements parlementaires qui pourraient entraîner une diminution des ressources ou une dépense supplémentaire. Le Conseil constitutionnel n'a cependant pas donné la même portée à cette règle pour les recettes et les dépenses.

S'agissant des **recettes**, ce qui est interdit, c'est une proposition qui viserait à les diminuer globalement. En revanche, le Parlement peut proposer la diminution d'une ressource, par exemple d'un impôt déterminé, s'il propose en même temps, et pour un montant équivalent, l'augmentation d'un autre impôt. S'agissant des **dépenses**, la contrainte est plus stricte : même accompagné d'une proposition d'augmentation de recettes, un amendement qui conduirait à une dépense nouvelle est irrecevable.

Les dispositions de la LOLF assouplissent cependant la rigueur des principes de 1959. S'agissant des **recettes**, la suppression des services votés et la discussion « au premier euro » de la totalité des crédits facilitent l'exercice du droit d'amendement des parlementaires. L'article 47 de la LOLF va dans le même sens, s'agissant des **dépenses** : il autorise les amendements parlementaires modifiant la répartition des crédits entre programmes au sein d'une même mission.

L'**irrecevabilité** peut être soulevée à tout moment de la procédure parlementaire, soit par le gouvernement, soit par un parlementaire, et ce sont les présidents des assemblées qui tranchent, sur avis des présidents des commissions des finances. Le Conseil constitutionnel est amené à censurer éventuellement les décisions des autorités parlementaires si la loi de finances lui est déférée avant sa promulgation, ce qui est pratiquement toujours le cas depuis la révision constitutionnelle de 1974.

Bien entendu, ces dispositions ne jouent tout leur rôle que dans les cas où le gouvernement entend le leur faire jouer. L'exemple du débat qui était intervenu en 2002 sur l'augmentation des traitements des ministres, dépense nouvelle proposée sur amendement parlementaire, était révélateur de situations où il pourrait « laisser faire », sans proposer ni s'opposer.

Elles fixent ce qui **doit** et ce qui **peut** figurer dans une loi de finances. Leur effet pratique essentiel est l'interdiction, confirmée, d'y introduire ce qu'on appelle des « cavaliers budgétaires », c'est-à-dire des dispositions n'ayant aucun contenu financier (ou un contenu financier purement symbolique)[11]. L'irrecevabilité peut être opposée, dans des conditions identiques à celles évoquées ci-dessus, à toute proposition ou amendement parlementaire constituant

11. De la même manière, les lois de financement de la Sécurité sociale ne peuvent pas contenir de dispositions étrangères à cet objet. Ainsi le Conseil constitutionnel a censuré en 2005 une disposition d'une de ces lois définissant les missions des conciliateurs au sein des caisses de Sécurité sociale.

un tel cavalier. Mais, lorsqu'il est saisi d'un recours contre le projet de loi de finances voté par le Parlement, le Conseil constitutionnel peut aussi, d'office, censurer les cavaliers budgétaires introduits dans la loi sur proposition du gouvernement.

c) Les assemblées ne sont pas libres du nombre de leurs votes

D'une part, sont applicables aux lois de finances toutes les possibilités dont le gouvernement dispose pour « forcer la main » à l'Assemblée nationale à l'occasion de la procédure législative ordinaire (voir page 46 et suivantes). Il peut donc utiliser la procédure du **vote bloqué** et demander à l'Assemblée nationale de se prononcer par un seul vote sur tout ou partie de la loi de finances, en ne retenant que les amendements qu'il aura acceptés ou proposés. Il peut aussi, comme on l'a vu à propos du budget de 1980, utiliser l'**article 49 alinéa 3** de la Constitution et engager sa responsabilité sur le vote d'une loi de finances. En pareil cas, ou bien une motion de censure n'est pas déposée dans les 24 heures et la loi de finances sera considérée comme adoptée sans vote. Ou bien elle est déposée et son rejet entraînera l'adoption de la loi ; comme on ne compte que les voix « pour » la motion, les députés tentés par l'abstention sont considérés comme ayant approuvé tacitement la loi, ce qui se révèle important lorsque la majorité parlementaire est faible ou fragile.

Mais certaines **limitations** sont propres aux lois de finances. On a vu que la LOLF supprime le vote global des services votés, qui ne garde d'intérêt que dans l'hypothèse du recours à une loi spéciale liée à l'impossibilité du vote du budget dans les délais requis. Les articles de la première partie font l'objet d'un vote article par article, mais les évaluations de recettes donnent lieu à un vote d'ensemble pour le budget général, les budgets annexes et les comptes spéciaux ; les évaluations de ressources et de charges de trésorerie sont soumises à un vote unique ; il y a ensuite un vote des dépenses par mission (rappelons que cela inclut un vote pour chaque compte spécial et pour chaque budget annexe) et un vote global fixant le plafond des emplois rémunérés par l'État.

La réserve parlementaire

Elle est constituée, depuis plusieurs décennies, par un ensemble de subventions votées à l'occasion des lois de finances. Jusqu'en 2012, son montant, sa répartition et son attribution étaient opaques et son existence donnait lieu à des critiques. On lui reprochait, en particulier, d'être répartie de manière très inégale entre les parlementaires et de donner lieu à des attributions favorisant l'électoralisme ou le népotisme. Suite aux propositions des présidents des Assemblées, son montant est désormais connu (81 millions d'euros pour l'Assemblée nationale et 55 millions pour le Sénat en 2016) et la liste de ses bénéficiaires est publique.

* * *

L'esprit des dispositions actuellement en vigueur va dans le sens général de l'esprit de la Ve République : permettre à l'exécutif de résister à l'éventuelle opposition des parlementaires. Elles avaient été conçues pour des hypothèses qu'on avait bien connues dans les Républiques antérieures : des majorités parlementaires composites et instables. Même si l'apparition du fait majoritaire, après 1962, leur a fait perdre une partie de leur importance politique, l'exemple du budget pour 1980, déjà évoqué, montre qu'elles restent à tout moment susceptibles d'être mises en œuvre. Elles demeurent symboliques, même si l'entrée en vigueur de la LOLF, en 2005, a réduit le poids particulier dont dispose l'exécutif sur un des aspects politiques essentiels de la vie d'un État moderne : la détermination de la politique financière.

Chapitre 2
L'exécution de la loi de finances

Une fois votée, la loi de finances doit être exécutée. Ce sera au gouvernement et à l'administration qu'il appartiendra de le faire, et ils bénéficieront dans cette tâche de larges pouvoirs d'appréciation.

Comme on l'a déjà dit, un budget est un acte prévisionnel : l'exécution de certaines de ses dispositions est donc en partie indépendante de la volonté des autorités politiques. C'est en particulier le cas des opérations de recettes, dont on a vu qu'elles variaient en fonction de paramètres économiques sur lesquels les pouvoirs publics n'ont qu'une prise limitée. Il est donc logique que de larges possibilités d'adaptation soient laissées à ceux-ci au cours de l'année budgétaire pour tenir compte des aléas. Ces adaptations pourront conduire à une nouvelle intervention du Parlement, par exemple lorsqu'il vote ce qu'on appelle les lois de finances rectificatives, qui corrigent et modifient en cours d'année les prévisions initiales qu'il avait retenues.

Mais même lorsqu'il intervient dans ce cadre, le Parlement se contente souvent de ratifier des décisions qui lui ont largement échappé, comme le montre le fait que certaines de ces lois sont votées alors que l'année budgétaire est déjà largement avancée. C'est donc en réalité le gouvernement qui dispose des pouvoirs principaux d'appréciation et d'adaptation dans l'exécution des lois de finances, à commencer par la répartition des crédits entre les ministères. En revanche, sa marge d'appréciation est moindre en ce qui concerne la perception des recettes.

1. La mise à disposition des crédits

La loi de finances prévoit les dépenses par mission, budget annexe et compte spécial. Il faut donc, après son vote, les répartir par programme pour les affecter aux différents services qui seront chargés de les exécuter. C'est l'objet des **décrets de répartition** pris par le gouvernement. En outre, certaines dépenses ne peuvent être déterminées à l'avance avec une précision totale. C'est pourquoi la loi de finances distingue différentes catégories de crédits : certains sont limitatifs et ne pourront être dépassés, d'autres sont évaluatifs et fixent simplement un ordre de grandeur approximatif. Mais, même pour les crédits limitatifs, le gouvernement dispose de certaines possibilités d'adaptation.

Le développement des décrets de répartition a été concomitant du renforcement progressif des prérogatives de l'exécutif. Auparavant, le rôle du Parlement était plus important sur ce point. C'est à la fin de la IVe République que ces décrets apparaissent, mais c'est l'ordonnance du 2 janvier 1959 qui a donné au gouvernement une large autonomie dans la répartition des crédits entre services.

Dès la promulgation de la loi de finances (de l'année ou rectificative), le gouvernement prend des décrets de répartition par programme des crédits ouverts par mission, en distinguant les dépenses de personnel qui font l'objet de décrets à part [12]. Cela ne signifie pas, comme on l'a parfois dit, que le pouvoir d'autorisation préalable du Parlement ait été amputé : même s'il ne vote pas expressément les mesures de répartition, il a en effet connaissance des annexes du projet de loi de finances (les *bleus budgétaires*), qui annoncent le contenu futur des décrets puisqu'elles décrivent en détail la répartition des crédits. Le contenu de ces annexes lie le gouvernement, qui doit en outre tenir compte des modifications que le Parlement apporte au montant et à l'affectation des crédits. Les décrets de répartition sont publiés en même temps que la loi de finances.

La LOLF s'est en effet efforcée de tirer les enseignements de quarante ans d'application de l'ordonnance de 1959. Elle souhaite en premier lieu renforcer l'information et le **contrôle du Parlement** sur l'exécution du budget. C'est pourquoi l'autorisation parlementaire est donnée pour un montant précis : comme l'indique l'article 9 de la LOLF, les crédits ouverts sont en principe limitatifs. Les dépenses ne peuvent être engagées et ordonnancées que dans la limite des crédits ouverts ; ceux-ci définissent un plafond de dépenses et d'emplois et, sauf exception, seule une loi de finances rectificative permet de les modifier. Les marges de liberté modifiant la répartition des crédits entre les programmes sont donc extrêmement restreintes. Mais la LOLF se préoccupe aussi de la nécessaire souplesse de la gestion budgétaire et de l'efficacité de l'action administrative. C'est pourquoi elle donne en revanche une importante **liberté d'action** au gestionnaire de crédits pour modifier les crédits à l'intérieur d'un programme.

1. Les faibles marges de liberté entre les programmes

Le principe est que les crédits votés ont un caractère limitatif. La LOLF apporte cependant certaines nuances à ce principe. Elle admet ainsi qu'à titre exceptionnel, et sous condition d'une information du Parlement, les crédits d'un programme donné soient dépassés. Ou bien parce qu'ils ne présentent qu'un caractère simplement évaluatif. Ou bien, lorsque l'urgence ou la nécessité l'exigent, interviennent des décrets de virement et de transfert ou des décrets d'avances. Enfin, les crédits d'un programme ne

12. Dans la mesure où le plafond d'emplois de chaque ministère est voté par le Parlement.

constituant qu'un plafond, le gouvernement n'a aucune obligation juridique de les dépenser tous. Il a donc des possibilités de modifier en moins, par décret, la dotation d'un programme donné.

a) La possibilité de crédits évaluatifs

La LOLF maintient l'idée que certains crédits ont un caractère évaluatif. Ces crédits doivent être ouverts sur des programmes spécifiques, distincts des programmes dotés de crédits limitatifs, et leur prévision n'a pas le caractère d'un plafond, mais d'une simple évaluation dont le montant peut être dépassé en cours d'exécution sans autorisation préalable du Parlement. La LOLF restreint très fortement le champ de ces crédits par rapport à l'ordonnance de 1959. La catégorie principale recouvre les **charges de la dette**. Tout dépassement de crédits évaluatifs doit donner lieu à information des commissions des finances du Parlement et faire l'objet de propositions d'ouverture de crédits dans le plus prochain projet de loi de finances. La réduction du champ des crédits évaluatifs est compensée par la procédure des décrets d'avances.

b) Les décrets de virement et de transfert (article 12 de la LOLF)

Des **décrets de virement** peuvent modifier la répartition des crédits entre les programmes d'un même ministère. Mais, comme ces décrets modifient l'objectif de la dépense, leur ampleur est étroitement limitée : leur montant total ne doit pas dépasser 2 % des crédits de chacun des programmes concernés. Des **décrets de transfert** peuvent modifier la répartition des crédits entre ministères. Mais ils ne peuvent pas changer la nature de la dépense et doivent garder le même objet.

Ces décrets sont pris sur le rapport du ministre des Finances et publiés au *Journal officiel* avec un rapport de motivation. Les opérations doivent donner lieu à une information des commissions parlementaires concernées, et le gouvernement doit rendre compte de l'utilisation des crédits virés ou transférés dans le rapport annuel de performance annexé au projet de loi de règlement.

c) Les décrets d'avance (article 13 de la LOLF)

Si l'argent manque sur une mission pour une raison ne pouvant être anticipée, le gouvernement peut prendre des décrets d'avance ouvrant des **crédits supplémentaires**[13]. Mais il ne peut le faire qu'au titre de **l'urgence**. Ces décrets exigent l'avis du Conseil d'État et celui des commissions des Finances des deux Assemblées[14]. Ces dernières ont sept jours pour rendre leur avis, à défaut de quoi il sera réputé positif. Le montant cumulé des crédits ainsi ouverts ne peut excéder 1 % des crédits totaux ouverts par la loi de finances. L'équilibre budgétaire défini par celle-ci ne peut en effet être modifié (si tel devait être le cas, une loi de finances rectificative serait nécessaire) ; cela signifie que le gouvernement doit compenser – gager – l'ouverture de crédits par des annulations d'autres dépenses ou la définition de ressources nouvelles. Les modifications résultant du décret d'avance doivent faire l'objet d'une ratification dans la loi de finances qui le suit immédiatement. Le décret d'avance est publié au *Journal officiel* avec son rapport de motivation.

d) Les annulations de crédits et les mises en réserve (article 14 de la LOLF)

L'autorisation budgétaire constitue un plafond : les ministres ne sont donc pas obligés de dépenser tous les crédits votés. La loi de finances ne fait en effet que les autoriser à engager jusqu'à un certain montant de dépenses, mais elle ne les contraint jamais à le faire. Certaines dépenses pourront ainsi ne jamais être exécutées, et des crédits peuvent dès lors être annulés par décret pris sur le rapport du ministre des Finances. Deux sortes de raisons peuvent motiver ces annulations. Ou bien le gouvernement constate que l'exécution du budget ne se passe pas dans les conditions prévues : les impôts, par exemple, rentrent mal ; il faut donc prévenir une dégradation de l'équilibre budgétaire en réduisant les dépenses ; c'est ce qu'on appelle les mesures de **régulation budgétaire**[15]. Ou bien, des crédits sont devenus sans objet. Les annulations se font au niveau de chaque programme. Là encore, le gouvernement doit informer la commission des finances des deux assemblées ; puis le décret d'annulation est publié au *Journal officiel* avec son rapport de motivation ; les crédits annulés sont mentionnés dans le rapport annuel de performance, au moment de la loi de règlement. Le montant total des annulations par décret est limité (pas plus de 1,5 % des crédits ouverts par les lois de finances initiale et rectificative).

e) La souplesse de la gestion et les limites des grands principes budgétaires dans l'exécution du budget

Avec la pratique des reports budgétaires, sous l'empire de l'ordonnance de 1959, des crédits importants pouvaient être consommés après l'expiration de l'année budgétaire au titre de laquelle ils avaient été consentis, sans que soient reportées les recettes correspondantes. Devant les risques de déséquilibre que cette situation pouvait comporter, la LOLF a supprimé le caractère automatique du report des

13. Cette procédure a, par exemple, été utilisée en mars 2006 pour financer la lutte contre l'épidémie de chikungunya à la Réunion.

14. Lorsque l'urgence revêt un caractère de nécessité impérieuse d'intérêt national, le gouvernement peut se contenter d'une simple information de ces commissions ; le décret d'avance est alors pris en conseil des ministres.

15. Cette pratique existait avant la LOLF, même si elle n'était pas expressément prévue par l'ordonnance de 1959. La LOLF a souhaité l'encadrer. L'annulation des crédits est souvent précédée par leur « gel » – la LOLF parle de mise en réserve – qui rend provisoirement indisponibles certains crédits votés. Ainsi, en 2002, des crédits ont été gelés avant l'élection présidentielle, pour laisser une marge de manœuvre au futur gouvernement. Ces mesures de régulation sont devenues ces dernières années quasi systématiques, d'autant que le Conseil constitutionnel a validé en 2002 la pratique consistant à procéder régulièrement au gel d'une partie des crédits en début d'exercice pour prévenir toute détérioration de l'équilibre. Lorsque les annulations interviennent très tôt dans l'année budgétaire, elles ôtent cependant une partie de son sens au vote du budget et amènent à douter du respect réel du principe de sincérité.

autorisations d'engagement et elle limite à 3 % des crédits de chaque programme les crédits reportables[16].

2. Les fortes marges de liberté à l'intérieur d'un programme

À l'intérieur d'un programme, le principe est au contraire la souplesse. En effet, sauf pour les dépenses de personnel, la répartition des crédits au sein du programme n'est qu'indicative. L'exécution du programme est confiée, dans chaque ministère, à un « responsable de programme » désigné par le ministre et placé sous son autorité. Il fait le lien entre la responsabilité politique et la responsabilité de gestion, définit un **projet annuel de performance** (PAP) qui précise en particulier ses objectifs stratégiques et les indicateurs chargés d'en mesurer la réalisation[17]. Il devra, lors de la présentation de la loi de règlement, rendre compte de la réalisation de ses objectifs, par la présentation d'un **rapport annuel de performance** (RAP) présenté selon la même structure que le PAP.

Le responsable de programme dispose d'une enveloppe de crédits et d'une large autonomie dans son affectation. Tout en gardant généralement une réserve pour faire face aux imprévus en cours d'année, il peut déléguer la gestion de son programme et répartir son enveloppe entre des responsables de **budgets opérationnels de programme** (les BOP) nationaux ou locaux. Dans ce dernier cas, les responsables de BOP sont le plus souvent des chefs de service déconcentrés. Les BOP peuvent ensuite être décomposés en **unités opérationnelles** de gestion (UO), au profit des gestionnaires locaux.

Le responsable de programme et le responsable de BOP peuvent toujours modifier la répartition des crédits au sein du programme ou du BOP. C'est ce qu'on appelle la **fongibilité.** Celle-ci n'est cependant pas totale, car il leur est interdit d'augmenter les crédits de personnel. C'est pourquoi elle est dite asymétrique : on peut transformer des crédits de personnel en crédits de fonctionnement, par exemple, mais pas l'inverse. En revanche, les responsables d'UO ne peuvent pas modifier la destination des crédits qui leur sont délégués.

Dans l'ancienne nomenclature budgétaire, on distinguait entre deux types de chapitres : ceux qui prévoyaient des crédits directement gérés par les services de l'État et ceux qui attribuaient des crédits gérés par des acteurs disposant d'une certaine autonomie. Il y avait, par exemple, des crédits gérés directement par la direction des Enseignements supérieurs, et d'autres attribués aux universités et transitant par leur budget. On retrouve des traces de cette distinction dans la LOLF lorsqu'elle autorise des opérateurs d'État (terme désignant les responsables des organismes dotés de la personnalité morale, contrôlés par l'État et exerçant une activité majoritairement non marchande, par exemple le CNRS ou les universités) à exécuter tout ou partie d'un programme. Le nombre de ces opérateurs s'élevait à 504 dans la loi de finances 2016.

2. L'obligation de percevoir les recettes publiques

C'est dans ce domaine que la liberté du gouvernement est la moindre. Encore faut-il distinguer recettes fiscales et recettes non fiscales.

En matière de **recettes fiscales** (impôts et taxes), la compétence parlementaire reste primordiale. Ce n'est d'ailleurs que l'application de la règle du consentement à l'impôt. Seul le Parlement peut autoriser la perception des impôts. Il en modifie éventuellement l'assiette, le taux ou les modalités de recouvrement, et il peut le faire soit dans la loi de finances, soit dans une autre loi. Mais en toute hypothèse, son autorisation doit être préalable à la perception[18].

Le principe n'est cependant pas toujours aussi rigide. Là encore, il arrive que le Parlement se contente de ratifier des décisions déjà prises par le gouvernement. Certes, ce dernier ne pourrait pas décider l'augmentation d'un impôt sans vote préalable du Parlement : les contribuables touchés obtiendraient en pareil cas facilement l'annulation de leur imposition. Mais il est arrivé que certaines baisses soient décidées par de simples décisions administratives et appliquées immédiatement, comme l'ont montré les diverses modifications des taux de la TVA ces dernières années. Indispensable, l'accord parlementaire n'est intervenu qu'après.

En matière de **recettes non fiscales**, par exemple les redevances correspondant à l'utilisation d'un service public, la marge de manœuvre du gouvernement est beaucoup plus importante : il peut notamment, pour toutes sortes de raisons politiques, en modifier le taux en cours d'exercice.

16. Le montant des crédits reportés ne s'élève plus désormais qu'au quart de ce qu'il était avant 2005.

17. Par exemple, le ministère du Travail et de l'Emploi s'est donné pour objectif de favoriser l'égalité hommes-femmes. Il cherchera ainsi à développer la mixité dans les secteurs professionnels très masculinisés, en déterminant des objectifs chiffrés dont la réalisation sera mesurée en fin d'année. On a reproché à certains objectifs d'être trop vagues ou trop généraux, et à certains indicateurs de mesurer davantage un niveau d'activité qu'un niveau de performance. Le gouvernement a donc décidé d'en baisser le nombre (737 indicateurs au PLF 2017 contre 755 en 2015 et 380 objectifs en 2017 contre 392 en 2015).

18. La perception des impôts est donc indépendante des « rendements » prévus par la loi de finances.

3. Les relations entre annualité budgétaire et exécution du budget

Il peut arriver que des crédits prévus au budget d'une année *n* correspondent à des dépenses qui, engagées par exemple en décembre, ne seront effectivement payées qu'au cours de l'année *n+ 1*. Ou qu'un fournisseur, qui a livré une marchandise au cours de l'année *n*, tarde à envoyer sa facture ; ou encore que l'administration n'entreprenne pas les travaux qu'elle a envisagés, parce que des difficultés imprévues sont apparues, ou ne règle pas encore ceux qu'elle a fait faire, parce qu'un contentieux a surgi à propos de leur qualité. Ou qu'un contribuable récalcitrant ne paye ses impôts qu'avec quelques années de retard. À travers ces exemples, on voit que certaines prévisions budgétaires autorisées pour une année donnée risquent de n'être exécutées qu'une ou plusieurs années après leur autorisation.

Si on fait prévaloir la notion d'**autorisation**, on rattachera toutes les recettes et toutes les dépenses à l'année pour laquelle elles ont été autorisées, quelle que soit celle où elles ont été encaissées ou décaissées : c'est le système de l'**exercice**. Il a évidemment comme inconvénient de retarder considérablement la possibilité de faire les comptes définitifs. On préférera alors s'attacher à l'idée d'**exécution** et rattacher toutes les opérations budgétaires à l'année de leur réalisation effective : c'est le système de la **gestion**.

La France a finalement opté, de manière nuancée, pour le second (art. 28 de la LOLF). On rattache donc toutes les recettes à l'année où elles sont effectivement encaissées. En ce qui concerne les dépenses, la situation est un peu plus subtile : c'est l'année au cours de laquelle le comptable met son visa qui détermine l'imputation. Cela amène généralement le comptable à fixer une date limite aux opérations d'ordonnancement (voir page 179), faute de quoi il ne peut assurer le paiement de la dépense dans les temps.

Chapitre 3
Les règles de la comptabilité publique

La comptabilité publique fixe les règles juridiques et techniques applicables à la description, à l'exécution et au contrôle des opérations financières des organismes publics. Dans les activités privées, le mot « comptabilité » désigne l'ensemble des techniques relatives à la tenue des comptes. La comptabilité publique a donc un sens et une importance qui vont au-delà de l'acception ordinaire du terme : elle ne couvre pas seulement un ensemble de procédés techniques ; elle inclut tout un corps de règles juridiques applicables aux opérations de gestion des fonds et des valeurs appartenant à l'État, aux collectivités locales et aux établissements publics nationaux et locaux, ainsi que de ceux qui leur sont confiés par des particuliers et dont ils sont détenteurs, comme les dépôts ou les consignations.

Le droit de la comptabilité publique est pour l'essentiel dominé par un principe fondamental : celui de la séparation des ordonnateurs et des comptables. Pour éviter toute fraude ou tout abus dans le maniement des fonds publics, l'exécution des opérations financières des organismes publics exige en effet, depuis le début du XIXe siècle, l'intervention de deux catégories d'agents distincts et séparés. Les ordonnateurs sont chargés de prendre les actes juridiques qui vont permettre l'exécution de la dépense, cependant que les comptables seront chargés des opérations matérielles de paiement. La séparation est désormais consacrée par l'article 9 du décret du 7 novembre 2012, qui est le nouveau texte fondamental en la matière et qui déclare « incompatibles » les deux fonctions.

1. Le principe de séparation des ordonnateurs et des comptables

La séparation correspond à une règle de sécurité dans la gestion publique, en imposant l'intervention de deux acteurs distincts pour accomplir toute obligation de recette et surtout de dépense. L'un décide et il jouit d'un assez large pouvoir discrétionnaire d'appréciation. L'autre contrôle à la fois la disponibilité des fonds et la régularité de la décision prise par le premier.

1. Les ordonnateurs

a) Les catégories d'ordonnateurs

Les ordonnateurs sont les autorités placées à la tête des différents services. Leur fonction d'ordonnateur est donc attachée à une fonction administrative principale, dont elle n'est que le complément. Pour l'État, les ordonnateurs **principaux** sont les ministres ; pour les collectivités territoriales, ce sont les chefs de leurs exécutifs ; pour les établissements publics ou les services dotés de budgets annexes, leurs directeurs. C'est à ces ordonnateurs principaux que les autorisations budgétaires sont directement ouvertes. Mais, pour éviter l'engorgement des circuits ou pour se conformer aux mesures de déconcentration, les textes ont également prévu l'existence d'ordonnateurs dits **secondaires** (préfets ou certains chefs de services extérieurs). Ils bénéficient d'une délégation de pouvoirs qui leur transfère la compétence sur les crédits délégués et prive l'autorité supérieure de la possibilité d'intervenir sur ceux-ci. Ordonnateurs principaux et secondaires peuvent désigner des ordonnateurs **délégués** (membres du cabinet ou directeurs d'administration centrale, par exemple) ; mais ceux-ci ne disposent que d'une délégation de signature qui n'empêche pas l'autorité délégante de continuer à gérer les crédits concurremment avec eux.

Le décret de 2012 donne un support juridique à la catégorie des gestionnaires mise en place par la LOLF : les responsables de programme, de budget opérationnel de programme ou d'unité opérationnelle (voir ci-dessus) et les responsables de la fonction financière au sein de chaque ministère ; il précise leurs fonctions dans ses articles 70 à 73. Les gestionnaires doivent avoir la qualité d'ordonnateur ou bénéficier d'une délégation de signature d'un ordonnateur principal ou secondaire. Les deux notions d'ordonnateur et de gestionnaire tendent donc à se confondre.

b) Les fonctions des ordonnateurs

Il faut distinguer les procédures applicables aux recettes et celles applicables aux dépenses.

- **En matière de dépenses**

L'ordonnateur est chargé de l'engagement, de la liquidation et du mandatement.

- **L'engagement**

La dépense a un fait générateur. Ce peut être un acte volontaire de l'administration : soit juridique (par exemple, la conclusion d'un marché de travaux, une commande de fournitures, une décision de subvention, la nomination d'un

fonctionnaire) ; soit matériel (quand un fonctionnaire passe un appel téléphonique à partir du poste de son bureau, il engage une dépense publique). Mais le fait générateur de la dette peut aussi être indépendant de la volonté de l'administration (par exemple, la conséquence automatique d'une décision juridictionnelle quand, à la suite d'un accident, la responsabilité de l'administration est engagée et crée une dette pour celle-ci). On voit, à partir des exemples donnés, que l'ordonnateur n'est pas le seul à créer ces faits générateurs de dépenses : le fonctionnaire qui téléphone peut être n'importe quel agent du bureau, le conducteur de la voiture responsable d'un accident n'importe quel agent du service, etc.

On distingue, dans l'engagement, **deux opérations** distinctes : un engagement **juridique**, acte d'origine de la dépense, et un engagement **comptable**, opération qui consiste à réserver les crédits nécessaires à l'opération concernée (l'individualisation de la dépense). Lorsque l'engagement juridique est volontaire, il doit être précédé de l'engagement comptable ; lorsqu'il est involontaire, il précède celui-ci, qui n'en est alors qu'une conséquence.

S'ils n'ont pas le **monopole** des engagements juridiques, les ordonnateurs ont celui des engagements comptables : ils sont les seuls à pouvoir en décider. Pour qu'ils y procèdent, il faut que les crédits qu'ils utiliseront leur aient bien été délégués, c'est-à-dire aient été mis à leur disposition auparavant. Cela ne soulève aucune difficulté pour les dépenses de fonctionnement. C'est, en revanche, un peu plus compliqué pour les dépenses d'investissement. C'est pour elles, compte tenu de la longueur de ces opérations qui peuvent s'étaler sur plusieurs années, qu'on a imaginé (voir page 165) la distinction entre les autorisations de programme (aujourd'hui, autorisations d'engagement) et les crédits de paiement. Seules les premières doivent être prévues avant l'engagement de l'opération d'investissement ; il sera, en revanche, nécessaire de disposer des seconds pour la suite de la procédure de dépense.

Les fournisseurs de l'administration n'ont pas les moyens de vérifier si celle-ci dispose bien des crédits nécessaires quand elle leur passe commande. Pour les protéger, on avait posé le principe que même les dépenses engagées irrégulièrement devaient être payées, dès lors que les fournisseurs n'ont eux-mêmes aucune responsabilité dans l'irrégularité. Pour éviter au maximum cette situation, on a mis en place, dans chaque administration, sous l'autorité du ministère des Finances, un **contrôle financier** des engagements comptables (voir page 187). Celui-ci a été profondément remanié à l'occasion de la mise en place de la LOLF, par le décret du 27 janvier 2005 qui prévoit notamment une réduction des contrôles *a priori*.

• La liquidation

En principe, et sous réserve de la possibilité pour l'administration de payer des avances ou des acomptes, prévue par le Code des marchés publics, un paiement administratif ne peut intervenir qu'après constatation du service fait. L'opération qui, après vérification de cet accomplissement du service, arrête le **montant définitif de la dépense** est celle de la liquidation. L'administration vérifie par exemple, dans un marché de fournitures, qu'elle a bien reçu les produits commandés, en bon état et dans les quantités souhaitées et, après vérification de la facture, arrête le montant des sommes dont elle est débitrice.

En principe, aux termes de l'article 11 du décret de 2012, c'est l'ordonnateur qui procède à cette liquidation. Mais, très souvent, les opérations matérielles de vérification sont réalisées par les fonctionnaires placés sous ses ordres et l'ordonnateur se contente d'approuver le résultat de ces opérations. Nous verrons cependant, dans le point suivant, que certaines dépenses sont payables sans ordonnancement. C'est alors, par exception, le comptable qui procède à la liquidation. Enfin, il peut arriver que les demandes de certaines personnes soient contestées par l'administration, qui refuse de payer tout ou partie de la somme réclamée. Les intéressés peuvent alors recourir aux tribunaux et, si ceux-ci reconnaissent le bien-fondé de leur prétention, ils liquideront eux-mêmes la dette concernée.

• L'ordonnancement

C'est l'acte administratif qui donne au comptable l'**ordre de payer** (article 32 du décret de 2012). Il a donc force exécutoire et il constitue une prérogative exclusive de l'ordonnateur. Toutefois, certaines dépenses peuvent être payées avant ordonnancement ; c'est le cas, par exemple, des frais de déplacement : afin d'éviter aux fonctionnaires qui se déplacent beaucoup pour raison de service d'attendre longuement des remboursements de sommes qui peuvent revêtir une certaine importance pour leur budget personnel, on a admis que l'administration achète les billets avant les déplacements et dispense ainsi le fonctionnaire de faire l'avance des fonds ; cette dépense publique urgente est alors payée par le comptable sans ordonnancement préalable. Ce dernier intervient ensuite et il transforme en dépense définitive ce qui n'était jusque-là qu'un décaissement.

D'autres dépenses sont également payables sans ordonnancement, notamment dans les cas où des dépenses de même nature se reproduisent en grand nombre à intervalles réguliers. Cette uniformité permet un traitement informatisé de leur liquidation et de leur paiement. Il a donc paru plus efficace de confier au comptable qui procédera au paiement le soin de procéder au contrôle des éléments de liquidation de la dépense, ce qui ne présente aucun danger compte tenu du caractère automatique et répétitif de la dépense. Cette procédure est largement utilisée pour le paiement des pensions ou des traitements et salaires des fonctionnaires et des agents civils de l'État. Enfin, pour lutter contre la mauvaise volonté que l'on constatait parfois dans les services de l'État pour l'exécution des décisions de justice, une loi du 16 juillet 1980 autorise le paiement sans ordonnancement des dépenses de l'État résultant de jugements devenus définitifs.

Les ordonnateurs principaux de l'État émettent des **ordonnances** de paiement ; certaines, les plus importantes, restent soumises au **visa** du contrôleur financier[19], comme le sont les ordonnances de délégation par lesquelles ils délèguent les crédits aux ordonnateurs secondaires, faute de quoi les ordonnances de paiement ou de délégation seraient sans valeur pour le comptable. Sur la base des

19. On verra plus loin que les contrôleurs financiers dépendent du ministère des Finances et non de celui auprès duquel ils sont placés.

crédits délégués, les ordonnateurs secondaires émettront des mandats de paiement. Les ordonnateurs doivent, dès leur entrée en fonction, **s'accréditer** auprès de comptables dits assignataires, en leur faisant part de leur nomination et en leur fournissant un exemplaire de leur signature. C'est à ces comptables que seront obligatoirement adressés les ordonnances ou les mandats de paiement émis par l'ordonnateur, et ils seront chargés d'en assurer le paiement.

L'exécution de la dépense publique s'étale parfois sur plusieurs années. Pour éviter de traîner éternellement des arriérés, les droits des créanciers de l'État vont s'effacer au bout de quatre ans. C'est ce qu'on appelle la **déchéance** (ou prescription) **quadriennale**. Réglementée par la loi du 31 décembre 1968, elle part du 1er janvier de l'exercice qui suit celui où les éléments de la créance se sont réalisés ; elle est interrompue par toute réclamation écrite, faite au cours des quatre ans et ayant demandé le paiement de sa dette à l'administration, et par tout recours juridictionnel relatif à la créance : ces démarches ouvrent un nouveau délai de quatre ans. La déchéance ne joue ni quand le retard de paiement ne peut être imputé à une négligence du créancier, ni quand la dette résulte d'une décision de justice passée en force de chose jugée. La déchéance n'est pas automatique : elle devra être expressément invoquée par l'ordonnateur qui a toujours la possibilité d'y renoncer, en particulier quand la situation du créancier lui paraît digne d'intérêt.

- **En matière de recettes**

L'ordonnateur est chargé de constater la créance de l'organisme public, d'en arrêter le montant et d'en ordonner le recouvrement.

Pour la **constatation** et la **liquidation** de la recette, la compétence des ordonnateurs n'est pas exclusive ; ces opérations peuvent être réalisées par des fonctionnaires n'ayant pas cette qualité (par exemple, l'inspecteur des contributions qui calcule le montant de l'impôt dû par un particulier). Dans certains cas, comme en matière d'impôts indirects (par exemple, la TVA), c'est le particulier lui-même qui établit le montant de son impôt, l'administration se contentant de contrôler la véracité de ces déclarations et l'exactitude de ces calculs, puis d'établir des redressements dans les cas où elle est en désaccord.

La **mise en recouvrement** des recettes résulte d'ordres de recettes émis par l'administration. C'est un des exemples typiques de l'exercice du **privilège du préalable**, que nous avons rencontré en droit administratif (voir page 63) : il revient au particulier de contester l'existence ou le montant de sa dette et non à l'administration de prouver sa créance. En vertu du même principe, c'est l'administration qui a le pouvoir de rendre exécutoires les ordres de recettes qu'elle délivre. Parfois, cette force exécutoire résulte de l'ordre de recette lui-même : c'est ainsi le cas des rôles d'impôts directs. Parfois, elle exige l'émission d'un second acte dénommé *état exécutoire* qui est délivré en cas de mauvaise volonté ou de refus du débiteur.

L'émission des ordres de recettes est de la compétence exclusive des ordonnateurs. La seule exception à cette règle concerne le recouvrement des amendes et des autres condamnations pécuniaires, qui est ordonné par les juridictions amenées à les prononcer.

c) La responsabilité des ordonnateurs

- **La responsabilité de droit commun**

Rappelée par l'article 12 du décret de 2012, elle est d'abord celle qui s'attache à leur fonction principale : responsabilité **politique** devant l'Assemblée nationale ou devant le président de la République pour les ministres[20], devant les électeurs pour les exécutifs des assemblées locales ; responsabilité **disciplinaire** prévue par le statut général de la fonction publique pour les fonctionnaires lorsqu'ils ont commis des irrégularités dans leur intérêt personnel ; responsabilité **pénale** s'ils se sont rendus coupables de crimes ou délits financiers ; responsabilité **civile**, par le biais d'une action récursoire, si leur faute personnelle a causé un dommage à l'administration du fait de la mise en jeu de la responsabilité de celle-ci dans le cadre d'un cumul de responsabilités (voir page 152). Pour être rares, ces hypothèses ne s'en rencontrent pas moins, comme l'ont montré certains cas d'élus locaux ces dernières années.

- **La responsabilité spécifique au droit de la comptabilité publique**

Les ordonnateurs encourent surtout le risque d'une responsabilité disciplinaire, spécifique au droit de la comptabilité publique, mise en jeu devant la **Cour de discipline budgétaire et financière**. Créée par une loi du 25 septembre 1948 (modifiée en 1963 et en 1971 et intégrée depuis 1995 dans le Code des juridictions financières), cette Cour est divisée en deux sections composées à parité de trois membres de la Cour des comptes et de trois membres du Conseil d'État ; présidée par le premier président de la Cour des comptes, elle a pour vice-président le président de la section des finances du Conseil d'État. Le procureur général auprès de la Cour des comptes, assisté d'un avocat général et éventuellement de « représentants du ministère public[21] », tous choisis au sein des juridictions administratives ou financières, constituent le ministère public chargé de soutenir l'accusation.

- **La compétence de la Cour de discipline budgétaire et financière**

– Concernant les **personnes justiciables :** relèvent de la juridiction de la Cour tous les fonctionnaires de l'État, d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public, les membres des cabinets ministériels, les représentants, administrateurs ou agents des organismes soumis au contrôle de la Cour des comptes et ceux qui exercent, en fait, leurs fonctions. Ces catégories dépassent d'ailleurs celle des ordonnateurs. N'échappe à la compétence de la Cour que le personnel politique : ministres, maires, adjoints, présidents élus des groupements de collectivités territoriales, présidents de conseil départemental ou régional. On considère, en effet, que leur seule responsabilité est de nature politique. Mais cette immunité connaît deux limites : d'une part, elle s'arrête aux actes accomplis dans l'exercice de leur mandat politique. Si un élu local occupe une autre fonction, par exemple la présidence d'une société

20. On a vu que la mise en œuvre de la responsabilité civile ou pénale des ministres est soumise à des règles particulières (voir page 35).

21. Cette expression a remplacé en 2008 l'ancien terme de « commissaire du gouvernement » (voir page 147).

d'économie mixte, et même si c'est en raison de sa qualité d'élu qu'il y a été désigné, il retombe sous la juridiction de la Cour pour les actes accomplis dans l'exercice de cette fonction. D'autre part, depuis la loi du 25 janvier 1993, les élus locaux sont assujettis au contrôle de la Cour dans deux cas : lorsqu'ils ont réquisitionné un comptable pour procurer un avantage injustifié à quelqu'un, et lorsqu'ils refusent ou retardent l'exécution d'une décision de justice.

– Concernant les **faits justiciables :** la Cour connaît de toutes les infractions aux règles du droit budgétaire ou de la comptabilité publique. C'est le cas, par exemple, des engagements de dépenses sans habilitation, ou sans visa préalable du contrôleur financier, des refus ou des retards abusifs dans l'exécution des décisions de justice rendues contre un organisme public et comportant une astreinte, des décisions visant à accorder à autrui un avantage injustifié au préjudice des finances publiques. Certains de ces faits peuvent aussi entraîner des poursuites pénales, mais la notion d'infraction financière déborde largement le cadre du droit pénal et englobe les fautes de gestion (négligences, par exemple).

• La procédure devant la Cour de discipline budgétaire et financière

Peuvent saisir la Cour, par l'intermédiaire du ministère public, les présidents des deux assemblées, pour dénoncer le non-respect des autorisations budgétaires données par le Parlement, ou bien le Premier ministre ou le ministre des Finances, en tant que responsables de la bonne utilisation des deniers publics. Les autres ministres ne peuvent la saisir qu'à l'encontre des agents placés sous leur autorité. Le plus souvent, ce sont la **Cour des comptes** et les **chambres régionales des comptes** qui saisissent la Cour de discipline budgétaire, lorsqu'elles découvrent des irrégularités à l'occasion de leurs contrôles. Le procureur général, placé à la fois auprès de la Cour des comptes et de la Cour de discipline budgétaire, peut aussi saisir la Cour de sa propre initiative. Enfin, depuis la loi du 16 juillet 1980, un particulier peut saisir la Cour par l'intermédiaire du procureur général lorsqu'il ne parvient pas à obtenir l'exécution d'une décision de justice ayant condamné l'administration au paiement d'une somme d'argent. La Cour doit obligatoirement être saisie avant l'expiration d'un délai de cinq ans à partir du fait répréhensible.

Un **rapporteur** est chargé de l'instruction. Doté de larges pouvoirs d'enquête, écrite et orale, il présente au procureur général les résultats auxquels il est parvenu. À tous les stades de l'enquête, le procureur peut décider de classer l'affaire. À la fin de l'instruction, il peut prononcer le renvoi en jugement.

La Cour examine l'affaire selon les règles de la **procédure contradictoire** et dans le respect des droits de la défense. Le rapporteur présente oralement son rapport ; les témoins éventuels déposent sous serment ; l'inculpé, qui peut être assisté par un avocat, aura la parole en dernier, après les réquisitions du procureur général. Les droits de la défense ont été renforcés, d'abord par une loi du 21 décembre 2001 qui affirmait la règle de la publicité de l'audience et interdisait au rapporteur et au procureur général d'assister au délibéré, et surtout par une loi de 2008 qui a profondément transformé les principes applicables à la procédure devant les juridictions financières (voir le chapitre suivant).

• Les sanctions prononcées par la Cour de discipline budgétaire

La Cour, qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation des faits reprochés, ne peut prononcer que des **amendes**. Celles-ci peuvent aller jusqu'au montant du traitement annuel du condamné, sauf en cas d'attribution d'un avantage injustifié à autrui, où elles peuvent atteindre le double de ce traitement. L'ordre écrit préalable d'un ministre, d'un élu local ou du supérieur hiérarchique constitue une cause d'exonération de la responsabilité du fonctionnaire coupable. La Cour peut décider la publication totale ou partielle de l'arrêt au *Journal officiel*.

Ses décisions sont **sans appel**. Elles ne peuvent être attaquées que par la voie du pourvoi en cassation devant le Conseil d'État, présenté soit par le condamné, soit par le procureur général ; ou par celle du pourvoi en révision, présenté devant la Cour par le condamné, en cas de découverte de documents ou de faits nouveaux, postérieurs à la décision et permettant d'apporter la preuve qu'il n'était pas responsable des faits reprochés.

De 2006 à 2013, la Cour de discipline budgétaire et financière a rendu en moyenne cinq arrêts par an ; le chiffre est monté à huit en 2015.

Saisi d'une QPC contre les dispositions du Code des juridictions financières relatives à la Cour, le Conseil constitutionnel les a validées dans leur ensemble en octobre 2014 ; en particulier, celles qui fixent sa composition ne portent atteinte ni aux principes d'impartialité et d'indépendance des juridictions, ni à la séparation des pouvoirs.

2. Les comptables

a) Les catégories de comptable et leur statut

Ce sont des **fonctionnaires** de l'État ayant la charge exclusive de manier les fonds et de tenir les comptes des personnes morales relevant du décret de 2012. Deux réformes importantes ont bouleversé l'organisation comptable traditionnelle. Un décret de 2005 a consacré la mise en place de départements comptables au niveau de chaque ministère et leur intégration dans un service de contrôle budgétaire et comptable ministériel. Un décret de 2008 a procédé à la fusion des services des Impôts et de ceux du Trésor. Il a créé au ministère des Finances une direction générale des Finances publiques et réuni, au niveau régional et départemental, les fonctions de directeur des services fiscaux et de comptable du Trésor pour créer des directions uniques dirigées par un directeur régional ou départemental des Finances publiques[22].

Les comptables publics sont nommés ou agréés par le ministre du Budget. Certaines **incompatibilités** existent : le conjoint d'un ordonnateur ne peut être comptable dans le même organisme ; un comptable du Trésor ne peut être maire ou adjoint dans la circonscription où il exerce ses fonctions. Le comptable public doit « constituer des sûretés » avant son entrée en fonction pour garantir sa responsabilité personnelle : un **cautionnement**, qui ne lui

22. Cela a entraîné la disparition de la catégorie et du nom des « trésoriers payeurs généraux », créés en 1865.

sera rendu qu'après sa sortie de fonction et à condition qu'il en ait obtenu quitus ; ses biens meubles sont frappés d'un privilège prioritaire du Trésor qui bénéficie en outre, comme de façon générale tous les organismes et collectivités publics, d'une hypothèque légale sur les immeubles dont il est propriétaire et sur ceux de son conjoint acquis après sa nomination. Son entrée en fonction doit être précédée de la prestation d'un **serment**. Elle résulte d'une installation à l'occasion de laquelle, en présence des deux comptables, l'entrant et le sortant, un examen de la situation des comptes est réalisé. Le comptable entrant a alors six mois pour poser des réserves sur la gestion de son prédécesseur, s'il découvre des irrégularités qui avaient échappé à cet examen commun. Dès son installation, le comptable entrant doit s'accréditer auprès des ordonnateurs avec lesquels il sera en relation.

Il existe des comptables publics **principaux**, qui rendent directement leurs comptes au juge des comptes[23], et des comptables **secondaires,** qui ne les rendent que par l'intermédiaire des comptables principaux dont ils relèvent.

b) Les fonctions des comptables

Les comptables ne sont pas les subordonnés des ordonnateurs, dont ils n'exécutent les ordres qu'après en avoir vérifié la régularité. Outre leurs fonctions liées aux opérations de comptabilité, ils exercent donc un rôle de **contrôle** sur l'ordonnateur.

Définies par l'article 18 du décret de 2012, leurs fonctions comprennent la prise en charge des ordres de recettes émis par les ordonnateurs et, de façon générale, le recouvrement et l'encaissement de toutes les recettes des organismes publics ; le paiement de leurs dépenses ; la garde et la conservation des fonds et des valeurs dont ils sont propriétaires ou dépositaires ; le maniement des fonds publics ; et, avec la tenue de la comptabilité décrivant toutes ces opérations, la conservation des pièces et documents qui les justifient.

Ils doivent exercer un contrôle *a priori* de la régularité des ordres de recettes et de dépenses émis par les ordonnateurs, dont les modalités sont définies par l'article 20 du décret de 2012 : l'impôt à percevoir est-il bien autorisé par la loi de finances ? L'ordonnateur est-il bien compétent pour engager la dépense ? Les crédits nécessaires sont-ils disponibles et sont-ce bien ceux qui doivent servir à ce type de dépenses ? Les visas nécessaires ont-ils été donnés ? Y a-t-il justification du service fait ? Ce contrôle ne constitue pas un contrôle sur le fond ; il vérifie simplement la **régularité** formelle des ordres émis[24].

S'il découvre une irrégularité, le comptable est tenu de refuser l'exécution de l'ordre, faute de quoi il engage sa responsabilité. L'ordonnateur peut cependant le contraindre dans certains cas en prenant un ordre de réquisition de paiement. Cela n'est pas possible lorsque l'irrégularité est substantielle (par exemple, le manque de crédits ou l'absence de visa du contrôleur financier). Dans les autres hypothèses, le comptable est tenu de procéder au paiement ; sa responsabilité est alors dégagée, mais il doit communiquer l'ordre de réquisition au ministre des Finances qui le transmet, selon les cas, au procureur général près la Cour des comptes ou à la chambre régionale des comptes.

c) La responsabilité du comptable public

Un comptable public est, comme tout individu, pénalement responsable lorsqu'il commet des infractions. Comme tout fonctionnaire, il est soumis à une responsabilité disciplinaire. Mais, lorsqu'il a failli à ses obligations spécifiques, il encourt aussi une **responsabilité personnelle** sur le plan pécuniaire. Contrairement aux autres fonctionnaires, le comptable public est en effet responsable, sur ses deniers personnels, envers la collectivité publique qui a subi un dommage du fait de son activité. Il doit répondre non seulement des conséquences des **fautes personnelles** détachables de ses fonctions (par exemple, un détournement de fonds à des fins personnelles), mais aussi de celles de ses **fautes de service** (par exemple, la perte involontaire de documents comptables ou une erreur dans le paiement d'une dépense). Il n'y a donc pas besoin d'apprécier le comportement personnel de l'intéressé, la constatation objective de certains faits entraînant une présomption de responsabilité. Dès lors qu'un comptable effectue une opération irrégulière, il devra en principe rembourser la somme que la collectivité publique a perdue, que cette irrégularité ait résulté de sa propre initiative ou qu'elle lui ait été ordonnée par une autre personne. La sévérité de ce régime vise bien sûr à protéger les finances publiques, mais aussi à pousser le comptable au maximum de rigueur à l'égard de l'ordonnateur.

- **Les faits engendrant la responsabilité**

Ils sont d'autant plus **divers** que les comptables sont non seulement responsables des faits qu'ils ont pu commettre eux-mêmes, mais aussi de ceux qu'ils ont laissé commettre. Parmi les premiers, on citera comme exemple le non-recouvrement ou le recouvrement insuffisant d'une recette, sauf si le comptable peut prouver qu'il n'avait pas eu connaissance de la créance ou que c'est l'ordonnateur qui, malgré les demandes qui lui ont été présentées, n'a pas voulu émettre le titre de recouvrement ; le paiement d'une dépense au-delà de ce qui était dû ou à une personne autre que le créancier ; l'existence d'un « trou » résultant du fait que des fonds manquent en caisse ou des valeurs en portefeuille, ce qui laisse présumer que des opérations n'ont pas été faites ou l'ont été de manière irrégulière.

Parmi les seconds faits, on citera toutes les hypothèses de **défaillances** dans le contrôle à exercer sur l'ordonnateur : si celui-ci a réduit ou annulé une créance de l'administration, il appartient au comptable, sous sa propre responsabilité, de vérifier la régularité des conditions dans lesquelles cela a été réalisé ; de la même façon, en cas de dépense, le comptable doit vérifier, sous sa propre responsabilité, la compétence de l'ordonnateur, les pièces justificatives

23. C'est-à-dire la Cour des comptes ou la chambre régionale des comptes (voir chapitre 4 de cette partie).

24. Des critiques ont souvent été adressées au caractère limité de ce contrôle ; elles se sont accentuées depuis l'adoption de la LOLF. On s'est en particulier interrogé sur sa compatibilité avec celle-ci, dans la mesure où elle s'attache davantage à un contrôle de l'efficacité, et non de régularité de la gestion publique, et où elle renforce les principes d'autonomie et de responsabilisation des gestionnaires. Pour tenir compte des nouveautés qu'apporte la LOLF (globalisation et fongibilité des crédits, développement de la pluriannualité, etc.), le décret de 2012 encourage l'évolution de la fonction comptable vers un contrôle plus qualitatif, fût-ce au prix d'une certaine atténuation de la rigidité du principe de séparation entre ordonnateurs et comptables.

présentées et, en particulier, la justification du service fait, le caractère disponible des crédits, etc. Enfin, les comptables sont aussi responsables des actes des agents placés sous leur autorité ou leur surveillance (comptables subordonnés, fondés de pouvoirs, régisseurs de recettes ou d'avances rattachés à leur contrôle).

- **Les exonérations de responsabilité**

Les comptables peuvent en bénéficier dans **trois cas**. D'abord s'ils prouvent que l'irrégularité reprochée est indépendante de leur volonté. Il en va ainsi, par exemple, si le « trou » dans leur caisse résulte d'un vol ou d'une agression, alors qu'ils avaient pris toutes les précautions nécessaires pour s'en prémunir ; ou si les fonds ou les pièces justificatives ont été détruits par un incendie ou une inondation. Ils demanderont alors au ministre des Finances de leur accorder une décharge de responsabilité pour circonstances de force majeure. Celui-ci, qui statue seul, sans contrôle du juge des comptes, dégagera rétroactivement la responsabilité du comptable. Cette décharge constitue un droit pour le comptable qui peut, en cas de refus, intenter un recours en excès de pouvoir devant le Conseil d'État pour demander l'annulation de ce refus.

Un exemple de décharge pour force majeure : l'arrêt *Nicolle* du 12 juillet 1907

Une prime à la sériciculture[1] ayant été instaurée, des fraudes, commises avec de nombreuses complicités, avaient permis à des éleveurs corses de vers à soie de se la faire verser indûment. Les éleveurs avaient en particulier présenté des paniers remplis de cailloux, en prétendant qu'il s'agissait de cocons. La chose ayant fini par se savoir, la Cour des comptes, appelée à examiner les comptes du trésorier-payeur général, constata le caractère irrégulier des paiements, non étayés par des pièces valables, et mit le comptable en débet (voir ci-contre).

Invoquant l'impossibilité dans laquelle il avait été de déceler la fraude, le comptable déféra l'arrêt de débet en cassation et le Conseil d'État posa trois principes à cette occasion.

1. La Cour des comptes est obligée de s'en tenir à des constatations objectives et de rejeter de l'apurement des comptes toute dépense irrégulière, quel qu'en soit le motif : si cela conduit à leur déséquilibre, elle est tenue de déclarer le comptable en débet. C'est le principe selon lequel ***« la Cour juge les comptes et non pas les comptables »***.

2. Le comptable a alors le droit de présenter une demande de décharge pour force majeure. Mais cette demande relève du ministre et non de la Cour des comptes. Celle-ci a tenté par la suite de conquérir la compétence d'apprécier, lors du jugement des comptes, les circonstances dans lesquelles ceux-ci s'étaient trouvés en déséquilibre et de trancher elle-même sur la décharge de responsabilité. Le Conseil d'État s'y est toujours opposé et a constamment réaffirmé la compétence du ministre.

3. S'il y a bien force majeure, le ministre doit accorder la décharge et le Conseil d'État, saisi en excès de pouvoir, annule son refus s'il ne le fait pas. Dans le cas contraire, le ministre doit la refuser. Il reste cependant libre d'accorder une remise gracieuse, si le comptable est de bonne foi.

1. Élevage des vers à soie.

Le deuxième cas vise les hypothèses où la gestion du comptable a été régulière. Comme on l'a vu, un ordonnateur peut réquisitionner un comptable pour l'obliger à payer une dépense ; si la réquisition est régulière, elle dégage le comptable de sa responsabilité. De même, certaines recettes ne peuvent pas toujours être recouvrées : c'est le cas si le débiteur n'existe plus ou ne peut être retrouvé[25]. Le comptable ne peut bien entendu pas être rendu responsable de cette situation[26]. Il demande alors à l'autorité administrative compétente l'admission en non-valeur de cette recette, c'est-à-dire son annulation. Que ce soit en matière de réquisition ou en matière d'admission en non-valeur, le juge des comptes exerce un contrôle attentif sur le fondement des décisions prises par l'autorité administrative.

Enfin, un comptable de bonne foi a toujours la possibilité de demander au ministre du Budget une **remise gracieuse** de tout ou partie du montant de la dette dont il a été déclaré responsable, en particulier lorsque la somme dont il est redevable excède largement ses revenus. Le ministre statue en opportunité après avis des ministres intéressés.

- **Les conditions de la mise en jeu de la responsabilité**

La mise en jeu de la responsabilité d'un comptable peut être engagée par deux catégories d'acteurs : soit les autorités ministérielles (ministre du Budget ou ministre concerné), soit le juge des comptes (Cour des comptes ou chambre régionale des comptes, voir chapitre 4). Chacun d'entre eux peut se saisir concomitamment et statuer indépendamment. La loi fixe un **délai de prescription** de cinq ans au-delà duquel la responsabilité du comptable ne peut plus être mise en jeu.

L'article 60 de la loi du 23 février 1963 (plusieurs fois modifié, en dernier lieu par une loi du 3 août 2015) règle les conditions de l'intervention des autorités ministérielles : si le ministre constate l'existence d'une irrégularité dans les comptes, le comptable doit verser immédiatement sur ses deniers personnels une somme égale au montant de la perte subie ou de la dépense irrégulièrement effectuée. Faute de quoi le ministre prendra à son encontre un **arrêté de débet** ayant valeur exécutoire.

Les conditions de la mise en jeu par le juge des comptes ont été fortement modifiées par une loi du 29 octobre 2008 (voir aussi chapitre 4). La loi sépare clairement les fonctions d'instruction, de poursuite et de jugement : une procédure contentieuse ne peut désormais être ouverte que par un **réquisitoire du ministère public**. Elle débute par la transmission au parquet d'un rapport d'examen des comptes « suspects ». Si le ministère public ne relève aucune charge à l'égard du comptable, il transmet ses conclusions au président de la formation de jugement qui rend alors une ordonnance *« déchargeant le comptable de sa gestion »* : cela signifie qu'on le libère de toute responsabilité

25. Ainsi une association qui s'est dissoute ; ou un étudiant étranger reparti dans son pays sans laisser d'adresse.

26. Sauf s'il est lui-même à l'origine de cette difficulté, par exemple parce qu'il n'a pas fait le nécessaire pour recouvrer la recette quand cela était encore possible.

au titre de l'exercice concerné[27]. Si, au contraire, le ministère public relève un élément susceptible de conduire à la mise en jeu de la responsabilité du comptable, il en saisit la formation de jugement.

La loi de 2008 a abrogé la règle de la double décision. Auparavant, en effet, la mise en jeu de la responsabilité du comptable se déroulait en deux temps, de façon à lui permettre de présenter ses explications avant toute décision définitive : après une décision provisoire, le comptable pouvait régulariser sa situation, en comblant le déficit constaté. Si l'administration ou le juge des comptes n'étaient pas convaincus ou si le comptable n'avait pas acquitté les sommes requises, s'ouvrait alors la seconde phase, celle de la décision définitive.

Désormais, le juge statue par une décision unique, qui doit être rendue en formation collégiale au terme d'une audience publique. Il peut rendre un arrêt ou un jugement de décharge ou de quitus. En cas d'irrégularité, lorsqu'une chambre régionale des comptes est compétente, elle rend un jugement de *débet* ou de *gestion de fait* ; lorsque c'est la Cour des comptes, il s'agit d'*arrêts*[28]. Les jugements sont susceptibles d'appel devant la Cour ; que celle-ci statue en appel ou en première instance, ses arrêts peuvent faire l'objet de recours en cassation devant le Conseil d'État.

Il arrive parfois que l'autorité ministérielle et le juge des comptes soient saisis en même temps du même problème. S'ils vont tous les deux jusqu'au bout de la procédure, il se peut, puisqu'ils interviennent indépendamment l'un de l'autre, qu'il y ait divergence. Dans ce cas, c'est l'opinion du juge des comptes qui l'emporte en principe : si le juge a déjà prononcé une décharge de responsabilité, l'autorité ministérielle ne peut plus prendre un arrêté de débet. En revanche, lorsque celle-ci a statué la première et engagé la responsabilité du comptable, le juge peut en prendre le contre-pied et décharger le comptable de sa responsabilité.

Le ministre du Budget gardait un pouvoir important qui lui permettait de ne pas tirer les conséquences des arrêts rendus par le juge des comptes. Ce pouvoir a été limité par la loi de 2008 : le ministre ne peut plus accorder de remise gracieuse en matière d'amende. C'est à la juridiction elle-même qu'il incombe, en vertu du principe de personnalisation de la peine, de prendre éventuellement en compte, pour la fixation du montant d'une amende, des éléments subjectifs liés à la personne du comptable. En revanche, la possibilité antérieure a subsisté à propos des arrêts de débet, puisque ceux-ci ne peuvent se fonder que sur des éléments objectifs tenant à la situation des comptes. Le ministre peut donc toujours, dans ce cas, accorder une décharge de responsabilité pour circonstances de force majeure ou une remise gracieuse qui autorisent le comptable à ne pas payer tout ou partie des sommes que la décision du juge des comptes mettait à sa charge. Depuis une loi du 28 décembre 2011, en cas de préjudice financier pour la collectivité publique, le ministre ne peut plus accorder qu'une remise partielle de la dette du comptable.

- **Le remboursement sur diverses garanties**

Lorsque la responsabilité du comptable est mise en jeu, le Trésor public pourra se rembourser sur les diverses garanties constituées : cautionnement, puis retenue sur salaire ou pension, puis saisie des biens meubles et, enfin, des biens immobiliers.

2. Les conséquences du principe de séparation des ordonnateurs et des comptables[29]

La conséquence normale du principe de séparation, c'est bien sûr la règle de l'**incompatibilité** des fonctions d'ordonnateur et de comptable. Affirmée depuis 1822, elle interdit le cumul des deux qualités pour une même opération et conduit généralement à la **séparation des services**. Les ordonnateurs de l'État appartiennent aux différents ministères, alors que les comptables relèvent uniquement du ministère des Finances. Les ordonnateurs des collectivités locales sont des élus ; les comptables, des fonctionnaires du ministère des Finances. Il arrive cependant que, dans certains établissements publics comme les universités, les agents comptables dirigent aussi les services financiers : dans leurs fonctions de comptables, ils sont indépendants de l'ordonnateur qu'est le président, sur lequel ils exercent des pouvoirs de contrôle ; comme chefs de service financier, ils sont soumis à son autorité hiérarchique. Cette dualité peut rendre les rapports difficiles.

Lorsqu'un ordonnateur usurpe des fonctions de comptable, il est considéré comme comptable de fait et sa responsabilité peut alors être engagée dans les mêmes conditions que celle d'un comptable ordinaire. Le régime de la **gestion**

27. Lorsque le comptable quitte définitivement ses fonctions, l'ordonnance de décharge devient une ordonnance de quitus.

28. En 2014, la Cour des comptes a rendu 79 arrêts de débet et 79 ordonnances de décharge. Les chambres régionales et territoriales des comptes ont prononcé 202 jugements de débet, pour un montant de 30,8 millions d'euros.

29. Sans le remettre en cause, l'informatisation de la gestion financière et comptable de l'État a atténué la rigueur du principe de séparation des ordonnateurs et des comptables. La mise en place, en 2005, du logiciel ACCORD (application coordonnée de comptabilisation, d'ordonnancement et de règlement de la dépense de l'État), puis son remplacement, à partir de 2011, par le progiciel CHORUS ont entraîné l'intégration de tous les acteurs de la dépense publique dans une chaîne unique et imposé un rapprochement fonctionnel des deux catégories. Avec la LOLF, la comptabilité publique ressemble davantage à la comptabilité privée et cela amène souvent la nécessité d'un enregistrement comptable de la recette ou de la dépense dès la naissance du droit ou de l'obligation. Cette évolution fait perdre au comptable son monopole d'enregistrement de la dépense : il partage désormais cette fonction avec l'ordonnateur, qui travaille sur le même logiciel que lui. Cela a conduit parallèlement à un aménagement des pratiques dans le sens d'un renforcement des contrôles comptables (contrôle financier et contrôle de la dépense, voir page 187). Ce sont ces évolutions, jointes à l'apparition des nouveaux acteurs que sont les gestionnaires, qui ont imposé le renouvellement du cadre juridique de la comptabilité publique et le remplacement du décret du 29 décembre 1962 par celui du 7 novembre 2012.

de fait est prévu par la loi de finances du 23 février 1963 modifiée : toute personne qui s'ingère, sans avoir la qualité de comptable public, dans le recouvrement de recettes affectées ou destinées à un organisme public, ou qui reçoit ou manie des fonds ou valeurs ne devant être gérés que par des comptables publics, doit rendre compte au juge financier de l'emploi des sommes irrégulièrement détenues ou maniées.

1. Les atténuations au principe de séparation

La première constitue clairement une exception au principe : il arrive en effet qu'à titre exceptionnel, et pour faciliter la gestion, un comptable puisse être autorisé à exercer certaines fonctions de l'ordonnateur. La seconde est plutôt une exception au principe du monopole des comptables qu'au principe de séparation : un fonctionnaire « ordinaire » peut être investi de fonctions réservées au comptable, à condition toutefois qu'il n'ait pas la qualité d'ordonnateur.

– Les cas où des comptables peuvent exercer **certaines fonctions réservées aux ordonnateurs** concernent à la fois les opérations de recettes et de dépenses. Certaines recettes peuvent être perçues au comptant par le comptable, sans intervention de l'ordonnateur, au seul vu d'une déclaration faite par le débiteur : c'est le cas du produit des impôts indirects ou des droits de douane, pour laquelle l'intervention éventuelle de l'ordonnateur a lieu après la perception, sous la forme d'une vérification de l'exactitude de la déclaration du contribuable. De même, certaines dépenses peuvent être effectuées sans ordonnancement préalable. Soit, le plus souvent pour des dépenses mineures, celui-ci intervient *a posteriori* : on verse, par exemple, une avance sur frais de mission à des fonctionnaires avant leur déplacement et on régularise au retour, quand on peut calculer la somme exacte à leur rembourser. Soit l'ordonnancement n'a pas d'intérêt : lorsqu'une série de dépenses peut être calculée automatiquement à partir des dispositions juridiques qui la conditionnent, un programme informatique permet de gagner beaucoup de temps. L'ordonnateur se contente alors de fournir les éléments nécessaires à la liquidation : l'ordinateur du comptable fait les calculs et prépare sans formalités supplémentaires les ordres de paiement. C'est le cas, par exemple, pour les rémunérations et les pensions des agents de l'État.

– Les cas où des administrateurs peuvent être investis de fonctions réservées aux comptables visent surtout les **régies de recettes et d'avances**, organisées par l'article 22 du décret de 2012. Exceptionnellement, quelqu'un qui n'est pas un comptable sera autorisé à encaisser une recette ou à payer une dépense. Il s'agit en général de sommes d'importance relativement faible, correspondant à des dépenses courantes ; la technique est utilisée pour accélérer et simplifier la gestion (ne pas mettre en branle une mécanique lourde pour acheter un taille-crayon).

C'est un arrêté conjoint du ministre des Finances et du ministre intéressé qui crée la régie d'avances, consentie à un agent désigné par l'ordonnateur et agréé par le comptable[30]. Soumis à la même responsabilité que le comptable et placé sous le contrôle de celui-ci, il reçoit une somme globale destinée au paiement de certaines dépenses de son service. Il les paie directement au vu des justifications présentées par les créanciers. À intervalles réguliers, il transmet ces justifications au comptable qui, après les avoir contrôlées, demande à l'ordonnateur un titre global de régularisation ; celui-ci permet l'imputation des sommes décaissées sur les crédits correspondants et déclenche le réapprovisionnement de la régie. La mécanique est la même pour la régie de recettes.

2. Les sanctions de la violation du principe de séparation : la gestion de fait

a) Définition de la gestion de fait

C'est l'hypothèse d'une immixtion irrégulière dans le maniement de fonds publics ou de fonds privés réglementés par des personnes n'ayant pas la qualité de comptable public. Elle suppose la réunion de trois éléments : le maniement de fonds, le caractère public de ces fonds et l'absence d'autorisation de ce maniement.

Il y a **maniement de fonds** dans deux hypothèses.

– Celle qu'on appelle l'**ingérence dans des opérations** de recettes ou de dépenses, tout d'abord : tel est le cas, par exemple, quand une association perçoit les revenus de la location de locaux appartenant à un établissement public, ou se fait verser le produit de contrats de recherche réalisés avec les moyens (locaux, personnel et matériel) d'une université. Les recettes en question devraient en effet revenir à l'organisme public, et leur perception par l'association qui en bénéficie en fait constitue une sorte de détournement.

– Celle qu'on appelle l'**extraction irrégulière de fonds** ou de valeurs publics, ensuite : c'est l'hypothèse de l'ordre de dépense fictif, parce que ne correspondant à aucun service fait, émis dans des conditions qui ne pouvaient attirer l'attention de l'agent comptable (fausse facture). Ou celle où on a déclaré des heures supplémentaires inexistantes et versé ainsi à un enseignant des compléments de rémunération pour des activités que les textes ne permettaient pas de payer. Dans d'autres cas, des personnes privées gèrent des fonds qui devraient l'être par une personne publique : c'est l'exemple classique où l'administration cherche à tourner les contraintes de la comptabilité publique en versant à l'avance des subventions à une association pour que celle-ci assure à sa place certaines activités (caisse noire). À l'inverse, il peut s'agir d'un emploi fictif : une collectivité publique rémunère un agent qui exerce en fait son activité dans un organisme privé, cette mise à disposition constituant une subvention occulte.

Il ressort des exemples donnés que ce type de maniement irrégulier peut parfois constituer une infraction pénale. Il est alors susceptible de donner lieu à la fois à des poursuites

30. Mais, comme on l'a dit plus haut, ce ne peut être l'ordonnateur lui-même.

pénales et à une responsabilité financière. Ceux qui ont mis irrégulièrement les fonds à disposition sont comptables de fait au même titre que ceux qui les ont gérés.

Pour qu'il y ait gestion de fait, il faut que les fonds maniés aient un caractère **public** ; c'est le cas de tous les fonds appartenant ou confiés à des organismes publics.

Il faut enfin que le manieur des fonds ait agi « irrégulièrement et sciemment », sans autorisation valable. C'est le cas d'un fonctionnaire non habilité au maniement de fonds publics, par exemple un ordonnateur ou une personne privée.

b) Les conséquences de la gestion de fait

La personne comptable de fait encourt les mêmes responsabilités qu'un comptable public. Elle est donc tenue de rendre compte de sa gestion, selon les cas à la Cour des comptes ou à la chambre régionale des comptes [31], qui peuvent lui imposer le reversement des sommes manquantes en cas de débet. Elles prononcent en outre à son encontre une condamnation à une **amende** calculée selon l'importance et la durée de la détention irrégulière et « *prononcée en fonction du comportement et de la situation matérielle du comptable de fait* » [32]. Cette amende ne peut cependant pas excéder le total des sommes irrégulièrement maniées.

31. Dans ce cas, un appel est possible devant la Cour des comptes.

32. Ce membre de phrase a été ajouté par la loi de 2008 et consacre le principe de la personnalisation de la peine.

Chapitre 4
Le contrôle de l'exécution du budget

Trois types de contrôle sont mis en œuvre sur l'exécution du budget : un contrôle administratif exercé par l'administration elle-même, un contrôle juridictionnel, celui des chambres régionales ou de la Cour des comptes, et un contrôle politique effectué par le Parlement.

1. Les contrôles des comptes exercés par l'administration

On y retrouve des contrôles analogues à ceux qui sont habituellement menés au sein de l'administration publique. Tel est, par exemple, le cas du contrôle hiérarchique. Les ministres ou les ordonnateurs principaux demandent régulièrement des comptes rendus de l'utilisation des crédits qu'ils ont délégués à leurs subordonnés, cependant que les comptables supérieurs, dont on rappelle qu'ils sont personnellement responsables des actes de leurs subordonnés, vérifient périodiquement les opérations réalisées par ceux-ci. Le supérieur hiérarchique peut donner des instructions à ses subordonnés, en contrôler l'application, se substituer à eux dans certaines conditions et, en cas de faute, déclencher la procédure disciplinaire.

Certains contrôles sont cependant **spécifiques** à la matière financière. On ne mentionnera que pour mémoire celui qu'exercent les comptables sur les opérations des ordonnateurs, qui a été largement évoqué plus haut. Mais une attention particulière doit être apportée à ceux qui sont exercés sous l'autorité du ministre des Finances : l'un *a priori*, le contrôle financier préalable ; l'autre *a posteriori*, celui de l'Inspection générale des finances.

1. Un contrôle *a priori* : le contrôle budgétaire et comptable

Prenons l'hypothèse d'une commande passée par un ordonnateur et qui ferait l'objet d'une livraison. Si on s'aperçoit au moment du paiement que les crédits dont l'ordonnateur disposait sont insuffisants, il est évident que le fournisseur n'y est pour rien, qu'il ne pouvait pas connaître une situation interne à l'administration et qu'il a droit au règlement de sa facture. Lorsqu'un acte a produit des effets à l'égard d'un tiers de bonne foi, et même s'il est irrégulier, l'administration devra de toute façon honorer ses engagements.

C'est pour éviter ce genre de situation que s'est progressivement installé, au début du XX^e^ siècle, un contrôle des dépenses préalable à leur engagement. Et c'est pour le rendre efficace que la décision a été prise de rendre ceux qui l'exercent indépendants des administrations « dépensières » et de les placer sous l'autorité directe du ministre des Finances.

Créé par une loi du 26 décembre 1890, le contrôle des dépenses engagées, devenu en 1956 contrôle financier, avait été organisé par la loi du 10 août 1922. Initialement institué auprès des ministres, il a été étendu au niveau des ordonnateurs secondaires locaux en 1970, cette extension s'expliquant évidemment par le développement des mesures de déconcentration qui augmentaient le nombre et le poids financier des mesures prises par les administrateurs locaux. En revanche, les collectivités locales et leurs établissements publics sont exempts de ce contrôle. Pour tenir compte de l'intervention de la LOLF, un décret du 27 janvier 2005 en a changé l'esprit ; il a été abrogé au 1^er^ janvier 2013 et remplacé par le décret du 7 novembre 2012.

a) L'organisation du contrôle budgétaire et comptable

Les modifications apportées en 2005, qui restent en vigueur dans le système régi par le décret du 7 novembre 2012, ont eu pour but de favoriser la responsabilisation des gestionnaires voulue par la LOLF. Le fonctionnement traditionnel du contrôle financier était en effet incompatible avec le principe de fongibilité.

L'organisation du contrôle financier est différente au niveau central et au niveau local. Au niveau central, les contrôleurs financiers ont été remplacés par les **contrôleurs budgétaires et comptables ministériels** (CBCM). Ceux-ci dépendent du ministère des Finances mais leurs services, chargés à la fois du contrôle budgétaire et de la centralisation comptable, sont intégrés à ceux de chaque ministère. Au niveau local, en revanche, la responsabilité du contrôle revient à un comptable ordinaire : le directeur régional des finances publiques ou, par délégation, le directeur départemental. Tous deux sont assistés d'un adjoint spécialisé qui a le statut de comptable public.

b) Les modalités du contrôle budgétaire et comptable

Traditionnellement exercé par un **visa** *a priori*, le contrôle financier portait autrefois sur la régularité de tous les actes d'engagement de la dépense et sur son ordonnancement. Il frôlait parfois l'opportunité, puisque le contrôleur financier avait le pouvoir d'assortir un visa d'observations relatives

au caractère onéreux d'une dépense même régulière. Le décret du 27 janvier 2005 a supprimé le contrôle juridique sur les engagements et les décisions de dépenses et leur a substitué d'autres formes de contrôle exercées le plus souvent *a posteriori*, sauf pour les étapes les plus importantes du processus d'engagement budgétaire. Cette évolution n'a pas été remise en cause par l'intervention du décret du 7 novembre 2012 qui a remplacé le texte précédent.

Le visa de la programmation budgétaire initiale, exercé au niveau de chaque programme, permet de vérifier la sincérité des prévisions en matière de dépenses ou d'emplois, et leur compatibilité, dans la durée, avec les orientations de la politique budgétaire (« la *soutenabilité* budgétaire »).

Au niveau local, les budgets opérationnels de programme (BOP) sont, après approbation par le responsable de programme, soumis à l'avis du contrôleur budgétaire local.

Le contrôle de *l'exécution* budgétaire a été notablement allégé. Le visa *a priori* de certaines ordonnances de paiement et de délégation de crédits n'est maintenu que pour les actes susceptibles d'avoir un impact budgétaire important. Le contrôle, qui ne porte plus sur la régularité des actes d'engagement, peut d'ailleurs être modulé en fonction de la situation du ministère ou des résultats des contrôles antérieurs. Les contrôleurs doivent se prononcer dans un délai de quinze jours, sauf interruption ou suspension notifiée dans le délai.

Ces dispositions ont pour objet de maintenir une cohérence d'ensemble de l'exécution du budget et de sauvegarder l'existence d'une « réserve de précaution », tout en laissant de plus grandes marges de manœuvre aux gestionnaires. Diverses dispositions de simplification ont été prises (possibilité d'engagements trimestriels groupés, réduction du nombre de comptes rendus d'exécution, etc.).

2. Un contrôle *a posteriori* : le contrôle de l'Inspection générale des finances

Comme la plupart des ministères, celui des Finances dispose d'une inspection générale, placée directement auprès du ministre (voir page 156). L'Inspection générale des finances (IGF), qui constitue l'un des corps les plus prestigieux de l'administration française, présente deux particularités importantes. D'une part, on y entre très jeune, généralement à la sortie de l'ENA, même si l'instauration d'un tour extérieur a diversifié les conditions de recrutement du corps. D'autre part, l'IGF n'exerce pas seulement sa compétence à l'égard des fonctionnaires dépendant hiérarchiquement du ministre des Finances puisque, outre sa compétence de **contrôle** sur tous les comptables publics, quelle que soit l'administration dont ils dépendent, elle exerce aussi une mission de **surveillance** sur la gestion des ordonnateurs secondaires relevant des autres ministères, des collectivités locales et de tous les organismes publics. Elle peut même étendre son contrôle à l'activité de personnes privées, lorsque celles-ci bénéficient de concours financiers de la part de l'État.

L'IGF procède à deux sortes de contrôle, qu'elle exerce sans préavis. D'une part, elle peut vérifier à tout moment la **gestion et la comptabilité** des comptables publics en contrôlant la régularité, la sincérité et la matérialité des opérations enregistrées dans leurs comptes. D'autre part, elle peut procéder à toutes **enquêtes**, évaluations ou audits sur le fonctionnement des services ou la mise en œuvre de politiques particulières. Mais, comme toute inspection, elle ne peut pas tirer elle-même les conséquences de ses constatations : seul le ministre des Finances est habilité à en décider, soit en prenant des sanctions personnelles à l'encontre des agents répréhensibles, soit en réformant le fonctionnement des services.

D'autres inspections, spécialisées par ministère, peuvent aussi exercer, parmi l'ensemble des missions dont elles sont investies, des fonctions de surveillance de la gestion financière des administrations et des services qu'elles contrôlent. C'est le cas de l'Inspection générale de l'administration, au ministère de l'Intérieur ; du Contrôle général des armées, au ministère de la Défense ; de l'Inspection générale de l'administration de l'Éducation nationale et de la Recherche ; ou de l'Inspection générale des Affaires sociales.

2. Les contrôles des comptes exercés par des organismes juridictionnels

C'est en raison du principe de responsabilité des comptables qu'a été institué un « juge des comptes », pour permettre un examen compétent, impartial et contradictoire de ceux-ci. Remontant à l'Ancien Régime, supprimée un temps à la Révolution, la **Cour des comptes** fut recréée par la loi du 16 septembre 1807. Mais ses attributions ont été notablement élargies, en particulier par la loi du 22 juin 1967, et elle ajoute de plus en plus à sa fonction juridictionnelle un rôle de contrôle administratif sur la gestion, non seulement des organismes publics, mais aussi des organismes privés bénéficiant de fonds publics. Ses missions sont définies, depuis 2008, par l'article 47-2 de la Constitution. La mise en place de la décentralisation amena la création des **chambres régionales des comptes** par la loi du 2 mars 1982, et imposa de ce fait un partage de compétences entre elles et la Cour.

Les **règles de procédure** suivies devant les juridictions financières ont été profondément modifiées par la loi du 28 octobre 2008. Elles présentaient traditionnellement les caractéristiques qui singularisent les juridictions administratives (voir page 147) : la procédure était inquisitoire, c'est-à-dire dirigée par le juge ; secrète, donc hors d'atteinte du public ; écrite ; dispensée du ministère d'avocat ; et marquée par la règle du double arrêt (voir page 184).

À plusieurs reprises, ces caractères ont été contestés, tant devant le Conseil d'État que devant la Cour européenne des Droits de l'homme (voir pages 111-112) ; des requérants les estimaient contraires à l'article 6 al. 1 de la Déclaration européenne des droits de l'homme, qui garantit à tout justiciable le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par un tribunal impartial et indépendant. Des réformes avaient déjà essayé de tenir compte de ces exigences, notamment en 2001, en affirmant le principe de

publicité des audiences et en excluant le rapporteur du délibéré. Cela s'est avéré insuffisant et, dans un arrêt du 12 avril 2006, *Martinie c/ France,* la Cour européenne des Droits de l'homme a condamné la France pour violation de l'article 6-1 de la Convention.

Il a donc fallu réformer les règles de fonctionnement des juridictions financières françaises. La loi de 2008 distingue ainsi clairement les fonctions d'instruction, de poursuite et de jugement. Elle supprime le pouvoir d'auto-saisine de la juridiction et exige que toute procédure contentieuse soit ouverte par un réquisitoire du ministère public ; de même, les décisions de décharge ne peuvent être prononcées que par une formation de jugement (même si elles le sont par ordonnance). Les audiences publiques sont généralisées et le caractère contradictoire des débats est renforcé : les conclusions du ministère public sont transmises aux parties, qui sont les dernières à intervenir à l'audience[33]. Enfin, la règle du double arrêt (voir page 184), qui pouvait compromettre l'exigence du délai raisonnable, est supprimée.

L'arrêt *Martinie c/ France*

M. Martinie était l'agent comptable d'un lycée de Bayonne, dans lequel existait une sorte de section sport-études créée par convention avec une fédération sportive, le Centre national d'entraînement à la pelote basque (CNEA). Le proviseur du lycée était le directeur du Centre, M. Martinie en étant le secrétaire général, et ils percevaient tous deux des indemnités pour ces fonctions, dont la création avait été décidée par le seul proviseur. Constatant l'inexistence de toute délibération du conseil d'administration du lycée, seul compétent pour instituer des indemnités, la chambre régionale des comptes condamna M. Martinie au remboursement des sommes versées. La Cour des comptes confirma la condamnation en appel, en réduisant simplement son montant et le recours en cassation devant le Conseil d'État contre la décision de la Cour fut rejeté.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'intéressé invoqua quatre moyens : le non-respect du principe du contradictoire : le rapport du conseiller rapporteur ne lui avait pas été communiqué, alors qu'il l'avait été au ministère public ; la non-publicité et la partialité de la procédure : il n'avait pas été informé de sa date, n'y avait pas été convoqué et n'avait pu présenter d'observations. En outre, le conseiller rapporteur avait participé au délibéré de la Cour. Enfin, lors de l'instance devant le Conseil d'État, le commissaire du gouvernement avait participé au délibéré.

En avril 2006, la Cour européenne a conclu à la violation de l'article 6-1 de la Convention sur les quatre points.

33. Cette réforme est parallèle à celle qui a affecté les juridictions administratives.

1. La Cour des comptes

a) Les membres de la Cour

La « vieille dame de la rue Cambon »[34] est l'une des institutions les plus anciennes de l'administration française. Présidée par un Premier président choisi librement par le gouvernement[35], elle constitue une **juridiction**.

Elle regroupe environ 200 conseillers qui bénéficient d'un statut de **magistrat**, donc de l'inamovibilité. Ils sont répartis en trois grades. Les auditeurs sont recrutés à la sortie de l'ENA. La carrière se poursuit ensuite par l'accession aux grades de conseiller référendaire, puis de conseiller maître, le gouvernement ayant la possibilité de recourir à un tour extérieur. Les membres des deux grades inférieurs sont nommés par décret du président de la République. Le Premier président, le procureur général, les présidents de chambre et les conseillers maîtres le sont par décret en conseil des ministres.

Des conseillers maîtres en service extraordinaire, dont le nombre est limité à douze, peuvent être nommés pour une période de cinq ans non renouvelable. Enfin, des fonctionnaires appartenant à un corps recruté par la voie de l'ENA ou provenant des fonctions publiques territoriale ou hospitalière peuvent exercer, par détachement, les fonctions de rapporteur, mais aucune fonction juridictionnelle.

b) L'organisation de la Cour

Elle est divisée en **sept chambres** entre lesquelles le Premier président répartit les affaires. Chaque magistrat est affecté à l'une d'entre elles. Ce sont ces chambres, présidées par des conseillers maîtres ayant au moins trois ans d'ancienneté dans le grade, qui exercent l'activité juridictionnelle de la Cour ; en fait, chacune d'entre elles est spécialisée dans les activités de certains secteurs déterminés. C'est, par exemple, la troisième chambre qui est compétente pour les affaires relatives à l'éducation et à la culture. Auditeurs et conseillers référendaires effectuent les enquêtes et rédigent les rapports. Seuls les conseillers maîtres délibèrent sur les rapports[36].

Les fonctions de ministère public sont exercées par un **procureur général**, librement choisi par le gouvernement, au sein de la Cour ou non. Le procureur général ne bénéficie pas du privilège d'inamovibilité. Son rôle est de veiller à l'application exacte de la loi. Il est chargé des poursuites, veille à l'exécution des décisions de la Cour et assure la liaison avec les autorités administratives. Il est assisté de quatre avocats généraux choisis parmi les conseillers référendaires, qui retrouvent leur place à la Cour après leur passage au Parquet.

34. C'est l'adresse de la Cour, à Paris. Les dispositions relatives à la Cour figurent désormais dans les articles L. 111-1 et suivants du Code des juridictions financières.

35. En 2016, le Premier président est Didier Migaud.

36. Cependant, l'auditeur ou le conseiller référendaire qui a présenté un rapport participe avec voix délibérative à la séance au cours de laquelle son rapport est examiné.

La réunion en chambre constitue la formation normale de jugement. Mais la Cour peut aussi se réunir en **chambre du conseil**, composée du Premier président, des présidents de chambre et de tous les conseillers maîtres ; le procureur général assiste aux séances et participe aux débats. C'est cette formation qui, en particulier, délibère sur le rapport public et sur le rapport concernant l'exécution des lois de finances, et qui arrête la déclaration générale de **conformité**. Les **chambres réunies** (Premier président, présidents de chambre et un conseiller maître par chambre) sont convoquées pour réexaminer les affaires après cassation ou dès lors qu'une question de droit importante est à trancher. À ce titre, cette formation assure l'unité de la jurisprudence.

c) La compétence de la Cour

Elle n'a cessé de se **diversifier**. Essentiellement juridictionnelle à l'origine, elle a évolué vers une compétence générale d'évaluation de la gestion publique, exercée au profit des différents pouvoirs constitutionnels.

- **Le jugement des comptes des comptables publics**

C'était là le rôle initial de la Cour. Juge unique dans ce domaine à l'origine, elle a vu sa compétence modifiée avec l'apparition des chambres régionales et territoriales des comptes. Cette compétence est désormais définie de manière négative puisque relèvent de la juridiction de la Cour, en vertu du Code des juridictions financières, tous les comptables qui ne relèvent pas de celle des chambres régionales. Cela couvre de façon générale les comptables principaux de l'État et des établissements publics ou des sociétés nationales. Lorsqu'elle ne statue pas en première et dernière instance, la Cour est juge d'appel contre les jugements des chambres.

Le contrôle de la Cour s'appuie sur l'**examen des comptes** des comptables relevant d'elle, qui doivent lui être adressés chaque année. Elle a aussi le pouvoir de juger les comptes de ceux qu'elle a déclarés comptables de fait. Le comptable ou le gestionnaire de fait qui ne produit pas ses comptes dans les délais prescrits par les textes est passible d'une amende[37]. Toute condamnation définitive à une amende doit être précédée d'une audition contradictoire et publique du comptable incriminé.

Le contrôle se fait **sur place** et **sur pièces**. L'instruction est menée par des rapporteurs pris parmi les auditeurs, les conseillers référendaires ou les fonctionnaires détachés. Ils ont le pouvoir d'exiger des ordonnateurs et des comptables toutes les pièces qu'ils estiment nécessaires à l'instruction des comptes. Ils peuvent se déplacer dans les services pour y procéder à toute vérification ou à toute audition jugée utile. À la fin de l'instruction, ils rédigent un projet de rapport, incluant des propositions de mesures, qui sera revu par un conseiller maître et communiqué au procureur général avant sa transmission à une formation de jugement.

Les arrêts de la Cour sont susceptibles d'un recours en **révision** devant elle, si des éléments postérieurs et nouveaux peuvent remettre en cause la décision rendue. Ils peuvent aussi faire l'objet d'un recours en **cassation** devant le Conseil d'État, intenté soit par le comptable, soit par le représentant de l'administration victime de l'irrégularité. C'est le cas lorsque, par exemple, la Cour a jugé une affaire qui ne relevait pas de sa compétence, ou que la procédure suivie n'a pas été régulière (par exemple, si la motivation de l'arrêt est insuffisante), ou que la Cour a fait une mauvaise application ou donné une interprétation inexacte des textes en vigueur.

Si le Conseil d'État casse l'arrêt de la Cour, cela renvoie le comptable devant elle. Elle statue alors en **chambres réunies**[38], mais doit se conformer à l'interprétation des textes donnée par le Conseil[39].

- **Le contrôle administratif sur l'exécution du budget**

Le Code des juridictions financières rappelle que la Cour « *n'a pas juridiction sur les ordonnateurs, sauf sur ceux qu'elle a déclarés comptables de fait* ». Mais elle a progressivement conquis le pouvoir d'exercer un contrôle administratif sur l'exécution du budget par les administrateurs. Ce contrôle a été facilité par un changement de présentation des pièces justificatives des opérations financières de l'État. Adressées selon un rythme trimestriel, classées par ministère, elles permettent un contrôle rapide de l'ensemble de la gestion d'un ordonnateur. Reprenant les dispositions de la loi du 22 juin 1967, l'article L. 111-3 du Code des juridictions financières investit donc la Cour du pouvoir de « *s'assurer du bon emploi des crédits, fonds et valeurs gérés par les services de l'État et […] par les autres personnes morales de droit public* ».

À l'occasion du contrôle des comptes, la Cour peut constater toutes les **irrégularités** dont les ordonnateurs se rendent coupables et les dénoncer ; elle dispose dans cette activité des mêmes pouvoirs d'investigation que dans son activité juridictionnelle (se faire communiquer toutes pièces ou tous documents jugés nécessaires à l'enquête, procéder à des auditions, etc.).

Elle peut plus globalement donner son **avis** sur la gestion des utilisateurs de fonds publics : les ordonnateurs de l'État et des services publics nationaux, mais aussi les organismes privés bénéficiant de crédits publics ou faisant appel à la générosité publique[40], les entreprises publiques, les organismes de Sécurité sociale et ceux qui bénéficient du concours financier de l'Union européenne.

L'exercice de ce contrôle peut donner lieu à **diverses interventions** de la part de la Cour.

– Les *lettres des présidents de chambre* sont adressées aux responsables administratifs (directeurs d'administration centrale, chefs de service, préfets…) pour leur signaler des irrégularités ou des erreurs de gestion.

– Les *notes du Parquet* sont adressées par le procureur général aux mêmes autorités administratives sur saisine d'un président de Chambre ; elles ne signalent pas une simple erreur mais une infraction, et l'administration est tenue d'y répondre, en indiquant la mesure prise ou pourquoi elle n'en a pas pris.

37. Depuis la loi du 29 octobre 2008, cette amende n'est plus transmissible aux héritiers d'un comptable décédé.

38. Sauf bien sûr dans le cas – rare – où l'arrêt a été cassé parce que la Cour était incompétente.

39. C'est ce qu'a indiqué le Conseil d'État dans l'arrêt *Botta* du 8 juillet 1904.

40. Les exemples les plus connus ont concerné la Croix-Rouge ou l'Association de recherche sur le cancer (ARC).

– Le *référé*, adressé à un ministre par le Premier président à la demande d'un président de chambre ou d'une chambre régionale, lui dénonce des irrégularités ou des erreurs de gestion qui, soit par leur gravité, soit par leur répétition, appellent une réforme des services ou un changement des textes. Le ministre est libre de décider des suites ou de l'absence de suites qu'il y donnera, sauf si un dépassement de crédits a entraîné un préjudice pour l'organisme public concerné, mais il doit dans tous les cas faire une réponse à la Cour dans les trois mois.

– Enfin, la Cour peut présenter divers *rapports publics*. Le plus important est celui qu'elle adresse chaque année au président de la République. Florilège de cas exemplaires de mauvaise gestion ou d'irrégularités, ce rapport, rédigé par la chambre du conseil, est d'abord communiqué aux administrations concernées pour leur permettre de présenter leurs réponses aux observations, souvent sévères, de la Cour. Il est ensuite rendu public et fait l'objet de comptes rendus et de commentaires de la grande presse.

- **L'assistance aux pouvoirs constitutionnels**

La Cour a enfin une compétence importante d'assistance aux pouvoirs constitutionnels. D'une part, elle peut toujours se voir demander par le président d'une Assemblée l'évaluation d'une politique publique, ou par une commission parlementaire une enquête sur un domaine précis. D'autre part, *« elle assiste le Parlement dans le contrôle de l'action du gouvernement. Elle assiste le Parlement et le gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances et de l'application des lois de financement de la Sécurité sociale, ainsi que dans l'évaluation des politiques publiques »* (nouvel article 47-2 de la Constitution). À ce titre, elle présente chaque année *« un rapport sur la situation et les perspectives des finances publiques »,* qui ouvre le débat d'orientation budgétaire, et *« un rapport sur les résultats et la gestion budgétaire de l'État au cours de l'exercice antérieur »*, analysés sous l'angle de la régularité et sous celui de la performance, qui accompagne la loi de règlement. L'article 58-5 de la LOLF lui confie une mission nouvelle : la certification de la régularité, de la sincérité et de la fidélité des comptes de l'État, comme le font les commissaires aux comptes pour les sociétés commerciales. La première certification des comptes exécutés « en mode LOLF » est intervenue en 2007.

Chaque année, la Cour établit un rapport sur l'application des lois de financement de la Sécurité sociale, présentant une synthèse des comptes et des rapports des organismes de Sécurité sociale[41].

L'article 110 de la loi NOTRe du 7 août 2015 a confié à la Cour des comptes, en liaison avec les CRC (voir ci-contre), la mission de piloter pour une période d'expérimentation de sept ans des dispositifs destinés à une certification des comptes du secteur public local.

41. Ce sujet est d'une grande importance. Le montant des impôts prélevés en France n'est pas excessif par rapport à ce qu'il est dans les pays voisins, mais la création de la cotisation sociale généralisée (CSG) par le gouvernement de Michel Rocard, en 1990, l'a sensiblement augmenté. Ce qui provoque l'alourdissement des prélèvements obligatoires, c'est l'importance des cotisations sociales. Mais c'est de celles-ci que dépend la sauvegarde du modèle français et le maintien de la qualité du secteur de santé publique.

2. Les chambres régionales et territoriales des comptes

Les chambres régionales des comptes (CRC) ont été créées par les lois de décentralisation et, plus spécialement, par celle du 2 mars 1982. L'affirmation du principe de l'autonomie locale conduisait à renforcer le souhait que le contrôle sur les collectivités territoriales ne porte que sur des questions de légalité, à l'exclusion de toute préoccupation d'opportunité, et le meilleur moyen pour le garantir était de faire assurer le contrôle par des instances juridictionnelles. Il faut aussi mentionner l'existence de cinq chambres territoriales des comptes, à statut spécial, dans les collectivités d'outre-mer.

Nous en avons déjà vu les conséquences, en matière de contrôle administratif, avec l'instauration du *déféré préfectoral* (voir page 92). En matière financière, la loi a transféré les attributions de contrôle des trésoriers-payeurs généraux, qui les exerçaient depuis 1935, à une juridiction locale des comptes.

La loi du 13 décembre 2011 et la réforme des CRC et CTC

La nouvelle rédaction de l'article 212-1 du Code des juridictions financières, issue de la loi du 13 décembre 2011, limitait leur nombre à vingt au maximum. Le décret du 23 février 2012 a ainsi défini quinze chambres régionales des comptes (CRC) métropolitaines, auxquelles s'ajoutaient cinq CRC ultra-marines (Guadeloupe, Guyane, Martinique, La Réunion, Mayotte).

Puis, la loi du 16 janvier 2015 ayant modifié la carte des régions en métropole, le nombre de CRC a été ramené à treize en métropole au 1er janvier 2016 (décret du 30 septembre 2015), rétablissant ainsi une juridiction par région. Les CRC ultra-marines restent au nombre de cinq.

Dans les collectivités d'outre-mer, la loi a mis en place des chambres territoriales des comptes (CTC) : à Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon, en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française. Il y a donc cinq CTC.

Les CRC et les CTC forment un ensemble homogène (CRTC) en termes de compétences. Elles sont, avec la Cour des comptes, des juridictions administratives spécialisées.

a) Composition et fonctionnement

Le décret de 30 septembre 2015 a modifié les dipositions relatives au siège et au ressort des CRC. Depuis le 1er janvier 2016, leur nombre est de treize en France métropolitaine (loi NOTRe). Chaque chambre se compose au minimum d'un président, pris parmi les conseillers à la Cour des comptes, et de deux assesseurs. Les plus importantes sont divisées en plusieurs sections de trois membres.

Les membres des chambres constituent un corps particulier de **magistrats**, nommés par décret du président de la République, et bénéficient du privilège d'**inamovibilité**. Le recrutement se fait par la voie de l'ENA, par des concours directs et par le tour extérieur. La loi a prévu diverses **incompatibilités**, dont l'exercice de certains

mandats électifs, qui peuvent perdurer jusqu'à cinq ans après la fin des fonctions[42].

Chaque chambre comporte un ou plusieurs représentants du *ministère public*[43] choisis au sein du corps, et qui sont les correspondants du procureur général près la Cour des comptes. Le fonctionnement des chambres, en particulier les règles de procédure applicables devant elles, est largement calqué sur ceux qu'on a déjà décrits pour la Cour des comptes.

b) Champ de compétence

Il est fixé par la loi. Les chambres contrôlent les comptes et la gestion financière de toutes les **collectivités territoriales** et de tous les **établissements publics locaux** de leur ressort[44]. Toutefois, les comptes des petites communes et de leurs établissements publics (moins de 3 500 habitants et moins de 750 000 euros de recettes ordinaires) et ceux des établissements publics de coopération intercommunale regroupant moins de 3 500 habitants sont apurés par les directeurs régionaux ou départementaux des finances publiques. Ceux-ci sont compétents pour accorder décharge au comptable. En revanche, seules les chambres pourront engager la responsabilité du comptable s'il y a lieu. Elles peuvent aussi contrôler les comptes et la gestion des entreprises locales et de leurs filiales, ainsi que des organismes bénéficiant de concours financiers de celles-ci. Enfin, un arrêté du Premier président de la Cour des comptes peut toujours leur attribuer le jugement des comptes de certains établissements publics nationaux dont le siège se situe dans leur ressort. Ce fut le cas pour plusieurs universités.

Les décisions des chambres peuvent faire l'objet d'un **appel** devant la Cour des comptes et d'un **recours** en révision devant les chambres elles-mêmes.

c) Attributions

Elles sont de deux ordres. Les unes sont parallèles à celles de la Cour des comptes, les autres, spécifiques, s'exercent dans le cadre du contrôle de tutelle sur les collectivités territoriales.

Les chambres **jugent les comptes** des comptables placés sous leur juridiction, dans les mêmes formes et avec les mêmes pouvoirs que la Cour. Elles jugent aussi de la même façon les gestions de fait.

Elles exercent un **contrôle de gestion** sur l'exécution des budgets des collectivités territoriales : leurs observations sont communiquées aux ordonnateurs qui peuvent y répondre mais devront, si elles sont maintenues, être portées à la connaissance des organes délibérants.

Les chambres disposent aussi de **pouvoirs spécifiques** sur les actes budgétaires des collectivités territoriales, dans la mesure où elles participent de manière active au contrôle exercé sur celles-ci (voir page 93). Elles ont compétence pour formuler, à destination du préfet et sur saisine de celui-ci, des propositions lui permettant d'arrêter le budget d'une collectivité locale qui ne l'aurait pas adopté avant le 31 mars. Elles lui adressent, dans les mêmes conditions, toutes propositions permettant la rectification d'un budget local qui n'aurait pas été voté en équilibre réel ou dont l'exécution ferait apparaître un déficit supérieur à 10 % des recettes de la section de fonctionnement. Elles contrôlent enfin l'inscription des dépenses obligatoires dans les budgets locaux et, lorsque celle-ci n'a pas eu lieu, elles ont le pouvoir d'adresser des mises en demeure aux collectivités concernées. Elles peuvent ensuite demander au préfet d'inscrire d'office la dépense au budget, en proposant, s'il y a lieu, la création de ressources supplémentaires.

Dans tous les cas, le préfet qui s'écarterait des propositions d'une chambre doit assortir sa décision d'une motivation explicite.

3. Le contrôle des comptes exercé par le Parlement

Le contrôle parlementaire devrait présenter des caractéristiques particulières qui le différencient de ceux qu'on a évoqués jusqu'ici. Nombre d'entre eux portent en effet sur la régularité des opérations financières. Or le contrôle des finances publiques doit aussi s'attacher à l'opportunité et à l'efficacité *(« Contrôler réellement pour dépenser mieux et prélever moins »*, selon l'expression utilisée dans un rapport parlementaire de 1998). C'est le Parlement qui est sans doute le mieux placé pour prendre en compte ces préoccupations, avant tout d'ordre politique.

Force est cependant de constater que le contrôle du Parlement n'a pas toujours rempli ces exigences. On comprend donc que celui-ci se préoccupe de plus en plus de cette question et qu'il cherche à renforcer ses moyens afin d'y apporter des solutions. Il y travaille dans deux directions : le développement des procédures d'information et l'amélioration des conditions du vote de la loi de règlement.

1. Les procédures d'information

En matière financière, le Parlement peut bien sûr utiliser tous les moyens de contrôle et d'information qui sont ordinairement les siens, en particulier les questions adressées au gouvernement (voir page 48). Mais il dispose aussi de moyens et de procédures spécifiques. La LOLF renforce l'information parlementaire, en multipliant les annexes budgétaires et les rapports financiers, par exemple sur l'évolution de l'économie, les orientations des finances publiques ou les comptes de la Nation.

42. Un Conseil supérieur des chambres régionales des comptes a été mis en place en 1994 et doit donner son avis sur tous les actes importants concernant à la fois leur statut et le déroulement de la carrière de leurs magistrats.

43. Termes substitués à ceux de « commissaires du gouvernement » par la loi du 28 octobre 2008.

44. La seule exception concerne certains crédits de la mairie de Paris, mis à sa disposition pour son fonctionnement, qui sont contrôlés par une commission de vérification désignée en son sein par le Conseil de Paris et composée de représentants de tous les groupes politiques.

D'autres documents servent spécifiquement à l'information des commissions des finances, investies d'une mission générale d'évaluation de toute question relative aux finances publiques : elles reçoivent chaque mois, par l'intermédiaire du ministre des Finances, une situation des dépenses, des crédits et de leur consommation, et chaque trimestre une situation des dépenses engagées. Le Parlement est ainsi régulièrement informé, tout au long de l'année budgétaire, de l'exécution des opérations financières. L'article 57 de la LOLF donne aux présidents des commissions des finances des assemblées et aux rapporteurs des différents budgets des pouvoirs élargis, en particulier la possibilité de suivre sur pièces et sur place l'emploi des crédits du ministère dont ils ont présenté le rapport[45], voire d'agir devant la juridiction compétente pour obtenir, sous astreinte, les renseignements demandés.

Jaunes et bleus : les documents comptables de la loi de finances

Nous avons déjà rencontré ces documents ; ils sont de deux ordres. Les « bleus » sont prévus par la LOLF : présentés lors du dépôt de la loi de finances, ils annoncent la répartition des crédits à laquelle procéderont les décrets de répartition. Par la suite, le gouvernement est lié par cette annonce. Les « jaunes » sont des rapports gouvernementaux dont la loi impose la présentation au Parlement pour la discussion de la loi de finances, même s'il arrive fréquemment qu'ils lui parviennent tardivement.

Surtout, le Parlement a des rapports privilégiés avec la Cour des comptes. Les référés de la Cour, y compris ceux qui ont un caractère confidentiel, sont systématiquement envoyés aux commissions des finances. Le Premier président peut communiquer sans intermédiaire avec les commissions des finances des deux assemblées et celles-ci peuvent poser des questions à la Cour ou la charger d'enquêtes spécifiques sur les administrations ou les services qu'elles souhaitent contrôler.

Enfin, les deux chambres du Parlement peuvent créer des **commissions d'enquête** sur la gestion de certains services, établissements publics ou entreprises nationales. Elles l'ont fait, par exemple, en 1994, à propos de la situation du Crédit lyonnais ou, en 1998, à propos de l'utilisation des fonds publics et de la gestion des services publics en Corse.

Les dernières années ont été marquées par deux préoccupations essentielles : la prise de conscience par les parlementaires de la nécessité d'élargir le champ du contrôle, et leur volonté forte d'en moderniser l'exercice en le tirant de plus en plus vers les préoccupations contemporaines de l'évaluation des politiques publiques. Le Parlement ne peut se désintéresser de l'impact que la construction européenne a sur le budget national, ni de ce que les prélèvements obligatoires ne sont plus le fait majoritaire de l'État central, mais qu'y contribuent fortement le poids des finances locales et, surtout, les prélèvements sociaux. La Constitution le lui rappelle en instaurant une nouvelle catégorie de lois, largement calquées sur les lois de finances, celles qui concernent le financement de la Sécurité sociale. Le contrôle évolue ainsi vers des évaluations globales de politiques publiques, appréhendées dans tous leurs aspects. En témoigne la création par l'Assemblée nationale, en février 1999, de la Mission d'évaluation et de contrôle (MEC) et, en décembre 2004, de la Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la Sécurité sociale (MECSS). Le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC) a été institué en mai 2009, et a produit de nombreux rapports sur des thèmes divers (principe de précaution, AAI, RGPP, etc.).

La Mission d'évaluation et de contrôle

Chargée d'auditionner chaque année des responsables politiques et administratifs sur la gestion de leurs crédits et de mener des investigations approfondies sur un petit nombre de politiques publiques, elle présente de fortes particularités par rapport aux commissions parlementaires traditionnelles. D'une part, elle est coprésidée par un parlementaire de la majorité et un parlementaire de l'opposition. D'autre part, les différents groupes y sont représentés sur un strict pied d'égalité (deux membres par groupe). En s'appuyant sur une collaboration étroite avec la Cour des comptes, représentée à chacune de ses séances, elle a ainsi analysé divers secteurs administratifs, comme la politique autoroutière, la gestion des universités ou le financement et la gestion de l'eau, et présenté, avec un succès inégal, trois ou quatre rapports chaque année (sur « Le musée du Louvre » en 2008, « La soutenabilité de l'évolution de la masse salariale de la fonction publique » en 2011, etc.).

2. Le vote de la loi de règlement

Le régime de la loi de règlement, instituée dès le début du XIXe siècle, est actuellement fixé par la LOLF. Elle constitue l'une des catégories de lois de finances et elle a deux fonctions. D'une part, elle constate le montant définitif des opérations de recettes et de dépenses intervenues pour l'exécution du budget[46] et en arrête les résultats comptables. D'autre part, elle ratifie tous les ajustements de crédits constatés par rapport à la loi de finances initiale, telle qu'elle a été modifiée par les lois de finances rectificatives (en plus – dépassements – ou en moins – annulations), et elle autorise le transfert du solde des résultats de l'année à un compte tenu par le Trésor.

En raison du changement d'esprit qu'elle apporte et de la plus grande liberté qu'elle laisse aux gestionnaires des crédits, la LOLF souhaite renforcer la place de la loi de règlement dans les opérations budgétaires. Elle institue donc, dans son article 46, ce qu'on a appelé *« un chaînage vertueux »* entre la loi de règlement de l'année *n*, dont la liste des annexes est augmentée, et la loi de finances initiale de l'année *n+ 1*. La date limite de dépôt du projet de loi de

45. Dans quelques cas, cela peut donner lieu à des rapports spéciaux connaissant un certain retentissement politique : ainsi, en 1996, sur la situation de l'audiovisuel public ou, en 2000, à propos de la « cagnotte » qu'aurait constituée le gouvernement.

46. Et, plus largement, de toutes les opérations de trésorerie.

règlement[47] est donc remontée au 1er juin de l'année suivant celle de l'exécution du budget auquel il se rapporte et, en vertu de l'article 41, le projet de loi de finances ne peut être mis en discussion devant une assemblée tant qu'elle n'a pas voté, en première lecture, le projet de loi de règlement de l'année précédente. La loi de règlement devient ainsi un élément du débat budgétaire à venir.

L'article 56 de la LOLF détaille minutieusement les pièces qui doivent être annexées au projet de loi. On y trouve en particulier des documents d'exécution correspondant à chacun des documents présentés lors du dépôt de la loi de finances initiale. Le projet doit être accompagné d'un rapport très détaillé de la Cour des comptes sur l'exécution des lois de finances, portant à la fois sur les comptes et sur les résultats. Ce rapport constitue pour les parlementaires une source précieuse d'informations. Même si la discussion de la loi de règlement ne suscite généralement pas des débats politiques enflammés *(« c'est un règlement des comptes et pas un règlement de comptes »*, disait un ministre), elle n'en constitue pas moins un élément important de l'information parlementaire.

47. Établi, comme son nom l'indique, par le gouvernement.

Chapitre 5
L'impôt

Le produit des impôts représente l'essentiel des ressources de l'État. Dans la loi de finances initiale de 2016, il s'élève à 288 milliards d'euros, soit 98,4 % de ses recettes nettes. Il lui permet de remplir ses missions régaliennes (justice, police) et ses activités de service (infrastructures, enseignement). Mais, pour diverses raisons (dont les allègements fiscaux et les subventions accordés à certaines catégories de personnes ou d'entreprises), l'impôt suffit de moins en moins à couvrir la totalité des dépenses. D'où le recours à l'emprunt, qui tend à devenir régulier et atteint aujourd'hui des proportions inquiétantes : la dette publique s'élevait, à la mi-2016 à 2170 milliards d'euros, soit 98,4 % du PIB, et le seul remboursement des intérêts annuels représente 44,5 milliards d'euros en 2016. Avec les cotisations sociales, les impôts constituent les prélèvements obligatoires – souvent jugés trop élevés par les intéressés[48] – sur les revenus des particuliers et des entreprises, et leur montant comme leur répartition sont des éléments de la politique économique que les pouvoirs publics entendent suivre. En raison à la fois de leur importance pour la vie du pays et de leur caractère contraignant pour les citoyens, il est admis depuis la Révolution de 1789 qu'ils doivent être déterminés par la représentation nationale et respecter le principe d'égalité devant les charges publiques. Mais si les grandes lignes du droit fiscal ont une portée générale, les impôts sont très divers, et le régime juridique auquel ils sont soumis fait intervenir de nombreuses autorités.

1. Les principes généraux de la fiscalité

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen adoptée en 1789 reconnaissait dans son article 13 le **caractère indispensable** de l'impôt *« pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration »*, mais précisait dans ce même article qu'il devait *« être **également réparti** entre tous les citoyens en raison de leurs facultés »* (contributives) ; et, dans l'article suivant, elle réservait à ces mêmes citoyens ou à leurs représentants le droit *« d'en suivre l'emploi et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée »*. La plupart de ces principes demeurent en vigueur. La nécessité de l'impôt fait que l'État peut le recouvrer en utilisant la contrainte et que le refus de s'en acquitter, de même que la fraude, sont passibles de sanctions parfois très lourdes. La compétence du Parlement est réaffirmée par l'article 34 de la Constitution de 1958, qui réserve à la loi le droit de déterminer *« l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures »*[49] (voir plus loin la définition de ces termes) et le Conseil constitutionnel, de même que les juridictions administratives, veille au respect du principe d'égalité qui a valeur constitutionnelle.

Un exemple d'application du principe d'égalité par le Conseil constitutionnel : la décision du 27 décembre 1973

La taxation d'office permet au fisc de lutter contre la fraude lorsque les *« dépenses personnelles, ostensibles ou notoires »* de certains contribuables excèdent notablement les revenus qu'ils ont déclarés. La possibilité de démontrer leur bonne foi, sous le contrôle du juge, fut cependant reconnue aux intéressés par la loi de finances pour 1974, mais seulement si leurs dépenses annuelles ne dépassaient pas, à l'époque, 276 000 francs (cette condition s'expliquait par le souci d'éviter que le nouveau dispositif puisse bénéficier aux gros fraudeurs). Saisi de cette loi, le Conseil constitutionnel estima que l'article en cause instituait *« une discrimination entre les citoyens au regard de la possibilité d'apporter une preuve contraire à une décision de taxation d'office »* et contrevenait par là même au principe d'égalité. Il le déclara donc non conforme à la Constitution.

48. C'est pourquoi avait été institué le « bouclier fiscal », qui garantissait aux contribuables que le total des impôts nationaux et locaux (y compris l'ISF) qu'ils devraient acquitter ne pourrait dépasser 60 % de leur revenu annuel. Malgré ce dispositif, les évasions fiscales (délocalisation d'activités, domiciliations à l'étranger, etc.) demeuraient nombreuses. C'est l'une des raisons pour lesquelles le « bouclier » a été abaissé à 50 % (y compris la CSG) en 2007. La loi de finances rectificative du 29 juillet 2011 a supprimé le bouclier fiscal à compter du 1er janvier 2013. En contrepartie, elle a allégé l'ISF qui compte, depuis 2013, 6 tranches et 6 taux, et elle a relevé le seuil d'entrée dans l'ISF de 800 000 euros à 1,3 million d'euros de patrimoine (depuis le 1er janvier 2011). Dans l'ensemble, toutefois, la France est championne d'Europe des prélèvements obligatoires (devant le Danemark et la Finlande), avec un taux de 45,7 % prévu pour la fin 2016.

49. Les principaux textes intervenant en ce domaine sont les lois annuelles de finances, mais aussi des lois spéciales, dont les dispositions diverses d'ordre financier (DDOF), souvent adoptées en fin d'année.

Mais certains éléments de cette construction d'ensemble se sont trouvés infléchis. D'une part, la compétence exclusive du Parlement a été grignotée sous l'influence de trois facteurs différents : le développement du *droit européen*, qui tend à l'harmonisation fiscale dans les pays membres de l'Union et surtout à la baisse des déficits budgétaires[50] ; *l'article 40 de la Constitution*, qui interdit aux parlementaires de diminuer une ressource publique sans la compenser par une ressource équivalente ; et la possibilité reconnue au Parlement par le Conseil constitutionnel de déléguer au gouvernement le pouvoir de fixer la date d'entrée en vigueur d'une loi instituant un impôt ou de déterminer lui-même, à l'intérieur d'une fourchette déterminée, le taux de cet impôt.

D'autre part, le principe de proportionnalité du montant de l'impôt aux facultés contributives des redevables n'est plus entendu de manière littérale, c'est-à-dire arithmétique (une personne ayant des revenus deux fois supérieurs à ceux d'une autre paiera un impôt d'un montant double). Les régimes fiscaux peuvent être différents selon qu'ils s'inspirent du souci de lutter contre la fraude ou qu'ils visent à atténuer les disparités de ressources : le montant de l'impôt sera, en ce cas, progressif et non plus seulement proportionnel, les « tranches » supérieures des revenus étant taxées plus lourdement que les autres.

Enfin, alors que l'impôt avait initialement un objectif purement financier (couvrir les dépenses publiques), il tend à devenir aussi un instrument de **politique économique ou sociale**. Son montant peut ainsi s'alourdir lorsque les pouvoirs publics souhaitent lutter contre l'inflation en réduisant le pouvoir d'achat des ménages, ou au contraire s'alléger s'ils veulent relancer l'économie par l'accroissement de la demande. Des modulations peuvent également tendre, par exemple, à favoriser la natalité par l'institution de quotients familiaux avantageux, ou bien à freiner des comportements jugés nocifs, comme l'alcoolisme ou le tabagisme, par l'alourdissement de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) frappant les produits en cause.

2. La classification des impôts

Il existe un très grand nombre d'impôts, aussi divers par leur assiette que par leur rendement. Ils peuvent s'appliquer aux revenus du travail comme au capital, à une transaction notariale comme à l'achat d'une tablette de chocolat ou à l'obtention d'une carte grise ; certains concernent les particuliers, d'autres les entreprises ; ils peuvent alimenter le budget de l'État comme ceux des collectivités territoriales ; et leur produit est parfois très important, parfois si faible que le coût de leur recouvrement paraît disproportionné. Il ne saurait être question d'en dresser ici un tableau exhaustif mais il convient d'en déterminer les principales catégories, en indiquant, à l'intérieur de chacune d'elles, ceux qui sont les plus importants.

1. Les divers types d'impôt

On distingue d'abord entre impôts **directs et indirects**. Les premiers sont assis sur une *matière imposable* (par exemple les salaires, les revenus du capital ou la propriété immobilière), et les contribuables s'en acquittent directement auprès du Trésor public ; leur montant peut être personnalisé, c'est-à-dire rendu proportionnel ou progressif, selon la situation des intéressés. Les impôts indirects, au contraire, sont perçus à l'occasion d'une *opération concernant la matière imposable*, par exemple sa production, sa circulation ou sa consommation, et se répercutent sur le prix payé par « l'acquéreur » final : ainsi la TVA s'applique-t-elle aux achats de divers types comme aux travaux de réfection d'un appartement ; et des droits de timbre ou d'enregistrement sont imposés à l'occasion de plusieurs démarches (par exemple, demande d'un permis de chasse). Cette catégorie d'impôt est moins équitable que la précédente, car elle pèse de la même manière sur tous les redevables, quelle que soit leur situation de fortune. Elle a cependant l'avantage, du point de vue des pouvoirs publics, d'être « indolore » car les intéressés ne la distinguent guère du prix qu'ils versent au vendeur ou au prestataire de services : c'est l'une des raisons pour lesquelles elle est très usitée.

On distingue ensuite entre impôts **nationaux et locaux**, les uns et les autres pouvant être directs ou indirects. Leur montant total est très différent, la fiscalité de l'État l'emportant de beaucoup sur celle des collectivités territoriales. C'est cette distinction qui sera retenue pour la présentation des principaux impôts.

2. Les impôts d'État

Selon les prévisions du ministère des Finances, les recettes fiscales nettes devaient rapporter au total 286 milliards d'euros en 2016, pour un budget de l'État d'environ 409 milliards. Les principaux impôts d'État sont assis sur les revenus, la dépense et le patrimoine ; le rendement de la deuxième catégorie, constituée par les impôts indirects, l'emporte de beaucoup sur celui des deux autres.

a) Les impôts sur le revenu

Les particuliers sont assujettis à l'**impôt sur le revenu des personnes physiques** (IRPP), dont l'origine ne remonte qu'à la Première Guerre mondiale et qui fut systématisé en 1970. Il s'applique aux salaires et aux traitements, déduction faite des frais professionnels, aux pensions de retraite, aux revenus des capitaux mobiliers (à l'exception de l'épargne dite « populaire », comme les livrets A et les plans d'épargne logement), aux revenus fonciers tels que les loyers, et aux plus-values des cessions de biens mobiliers ou immobiliers. Ces divers éléments sont additionnés chaque année pour constituer le **revenu net global**. Mais plusieurs dégrèvements et abattements sont admis, dont le quotient familial et, malgré son caractère progressif, l'IRPP a un rendement faible (72,3 milliards en 2016, soit 25 % environ de l'ensemble des impôts d'État) d'autant qu'un peu plus de 50 % des foyers fiscaux en étaient exonérés.

50. Depuis 2012, les budgets des États membres de la zone euro sont soumis à l'examen de la Commission européenne, qui peut décider d'éventuelles sanctions en cas de déficit excessif (voir p. 169).

Cependant, le nombre de foyers fiscaux soumis à l'IRPP n'a cessé de croître depuis 2009 : 15,8 millions en 2009, 18,1 millions en 2012, et plus de 15 000 foyers fiscaux supplémentaires de 2012 à 2014. En annonçant la suppression de la première tranche de l'impôt à compter de 2015, le gouvernement Ayrault a voulu annuler une partie de cet accroissement et il a annoncé une amélioration de la situation de la moitié des assujettis.

Pour des raisons d'égalité fiscale, le même gouvernement Ayrault avait décidé d'augmenter la taxation des plus hauts revenus : d'une part en créant une tranche supplémentaire de l'IRPP, fixée à 45 % du revenu ; d'autre part en instaurant une *« contribution exceptionnelle de solidarité sur les très hauts revenus d'activité »* s'élevant à 75 %. La seconde de ces dispositions a été censurée par le Conseil constitutionnel, au motif qu'elle s'appliquait à des personnes et non à des foyers fiscaux.

La fiscalité des entreprises est complexe. Les PME constituant des sociétés de personnes paient également un impôt sur le revenu, qui couvre les bénéfices industriels, commerciaux, agricoles et non commerciaux, ces derniers correspondant aux professions libérales. Les autres doivent acquitter l'**impôt sur les sociétés** (IS) si elles prennent la forme de sociétés anonymes ou à responsabilité limitée. L'IS n'est que faiblement progressif : le taux moyen d'imposition des bénéfices est d'environ 33 %, mais les sociétés dont le chiffre d'affaires est faible bénéficient d'un taux réduit. Le rendement de cet impôt est de 32,8 milliards d'euros en 2016.

b) Les impôts sur la dépense

Il s'agit d'impôts **indirects**, dont le plus important est la **TVA**. Créée en 1954, elle porte, selon le Code général des impôts, sur *« les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux par les assujettis »*, ce dernier terme couvrant toutes les personnes et entreprises exerçant une activité industrielle ou commerciale, y compris les membres de certaines professions libérales. Son taux normal est de 20 %, mais des taux réduits sont applicables, par exemple aux produits ou aux services nécessaires à la vie courante, tels que l'alimentation, les transports et les abonnements à l'électricité[51]. Les assujettis déduisent de la TVA applicable à leurs ventes ou prestations celle qui a pesé sur leurs achats, et répercutent le reste sur les consommateurs en l'incluant dans le prix qu'ils leur demanderont d'acquitter. Compte tenu de la masse des transactions effectuées, le produit de la TVA est très important : il représente, en 2016, 144,7 milliards d'euros, soit plus de la moitié des recettes de l'État.

D'autres impôts indirects viennent s'y ajouter, en particulier les **droits d'accise**, qui frappent par exemple la consommation de tabac ou d'alcool et dont le plus lourd est la taxe intérieure de consommation sur les produits énergétiques, qui constitue la majeure partie du prix payé par l'acheteur de carburant et contribue pour près de 9,5 % au total des impôts d'État.[52]

c) Les impôts sur le patrimoine

Outre les droits **de mutation**, qui s'appliquent principalement aux ventes d'immeubles et aux successions, il faut citer l'**impôt de solidarité sur la fortune** (ISF) qui illustre l'influence des changements de majorité sur la politique fiscale. Créé en 1982[53], il fut en effet supprimé en 1986 puis rétabli en 1989, son taux connaissant par la suite, au gré des alternances politiques, des accroissements et des plafonnements. Il vise, depuis 2011, les personnes physiques possédant un patrimoine d'une valeur supérieure à 1,3 million d'euros (au lieu de 800 000 auparavant)[54], non compris les biens professionnels – dont la définition est large – et les œuvres d'art. Le relèvement du seuil et les exclusions restreignent le nombre des assujettis, même s'il a augmenté dernièrement (on en comptait 2 330 000 en 2015), et le rendement de l'ISF est donc relativement faible. Il n'en conserve pas moins une valeur symbolique. Une réforme de l'imposition sur le patrimoine est envisagée pour les prochaines années.

3. Les impôts locaux

La fiscalité locale, qu'il s'agisse des régions, des départements ou des communes, est très nettement inférieure à celle de l'État, à la fois en valeur absolue et en proportion de leurs budgets respectifs, bien que les lois de décentralisation aient considérablement accru les compétences – donc les charges financières – des collectivités territoriales[55]. Celles-ci ne sont pas non plus entièrement libres de déterminer les taux d'imposition (qu'elles ne pouvaient d'ailleurs pas voter elles-mêmes avant les années 1980) : la loi leur enjoint de maintenir une certaine proportion entre les différents impôts qu'elles lèvent, et de ne pas dépasser trop largement, pour chacun d'eux, le taux moyen constaté au niveau national.

Ces impôts étaient pour l'essentiel, jusqu'à 2010, constitués de **quatre taxes** directes, dont l'origine remonte à la Révolution. Mais la plus importante d'entre elles, la taxe professionnelle, a été supprimée[56]. Les collectivités des différents niveaux déterminent individuellement le taux qu'elles entendent appliquer, et la part de chacune d'elles est indiquée sur l'avis d'imposition adressé aux contribuables.

51. Il existe aussi, en particulier pour la presse et les médicaments remboursés, un taux minimal de 2,1 %. De plus, des taux réduits s'appliquent en Corse et dans les départements d'outre-mer. Le taux de 5,5 % a été porté à 10 %, depuis janvier 2014, pour la restauration, l'hôtellerie et le bâtiment.

52. Depuis 2008, une partie de cet impôt est reversée aux régions et aux départements.

53. Il s'appelait alors « impôt sur les grandes fortunes » (IGF).

54. En 2007 avait été ajouté un abattement de 30 % sur la valeur de la résidence principale. En 2012, la gauche avait institué une « surtaxe ISF » qui conduisait certains contribuables à payer un taux supérieur à 100 %. Après deux censures du Conseil constitutionnel, le gouvernement a été contraint de revoir le dispositif.

55. C'est pourquoi l'État a institué à leur profit un mécanisme de subvention sous la forme de dotations globales de fonctionnement et de décentralisation (voir la partie « Droit administratif »).

56. Cette suppression a entraîné d'importantes évolutions du rapport entre impôts directs et impôts indirects. La part de ces derniers s'est accrue, en particulier pour les départements et les régions.

– Les **taxes foncières sur les propriétés bâties** (maisons, usines) et **non bâties** (terrains agricoles, carrières) sont dues par les *propriétaires*, sous réserve de quelques exonérations, temporaires ou non, prévues par la loi. Elles représentent ensemble environ 32 % du produit total et sont perçues pour 60 % au profit du bloc communal et 40 % à celui du département.

– La **taxe d'habitation** (23 %) également perçue au profit du bloc communal, est à la charge des *occupants*, qu'ils soient propriétaires ou locataires du logement, et assise sur la valeur locative cadastrale de celui-ci. La loi en a exonéré les personnes de condition très modeste, à charge pour l'État de compenser la perte de recettes qui en résulte pour les collectivités territoriales. Cette taxe n'est pas très équitable, car la valeur cadastrale des logements n'est que rarement actualisée et, par conséquent, s'écarte parfois beaucoup de la valeur de marché ; cette distorsion aboutit à surévaluer l'imposition des logements vieillissants, en particulier dans les HLM.

– La **taxe professionnelle** représentait à elle seule (avant 2010) environ 44 % de l'ensemble. Elle était due par les personnes physiques ou morales exerçant une activité non salariée, excepté les exploitants agricoles et les artisans, et était calculée essentiellement sur la valeur de leurs équipements. En vue de favoriser les investissements des entreprises, elle a été remplacée, depuis le budget 2010, par la **« contribution économique territoriale »** (CET), composée de deux taxes : l'une, la « contribution foncière des entreprises » (CFE) est calculée sur la valeur locative foncière de leurs terrains ou de leurs immeubles ; l'autre, dénommée « cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises » (CVAE) est assise sur la valeur ajoutée produite par chaque entreprise implantée sur le territoire de la collectivité. Les élus locaux ont manifesté à cet égard deux inquiétudes : d'une part, le nouveau dispositif peut être d'un rendement plus faible que la taxe professionnelle[57], d'autre part, son rendement dépend de décisions plus nationales que locales, ce qui contraint des communes soit à augmenter le montant des autres impôts locaux, soit à réduire leurs investissements. La CVAE est répartie entre le bloc communal (26,5 %), les départements (23,5 %) et les régions (50 %).

Quelques impôts directs ou indirects, de rendement plus faible, complètent le dispositif : le plus important est la taxe intérieure de consommation sur les produits énergétiques (un gros quart), mais on peut aussi citer les droits perçus par les départements sur les ventes d'immeubles, la taxe régionale sur les permis de construire et la taxe communale sur l'enlèvement des ordures ménagères. Pour atténuer les charges résultant pour elles de la décentralisation, l'État a également, en 1984, transféré aux régions les taxes sur les cartes grises qui ont un produit non négligeable (près de deux milliards d'euros en 2014).

57. À Paris, par exemple, le produit de celle-ci représentait plus de 13 % du budget de la ville.

3. La procédure fiscale

Deux acteurs jouent en ce domaine un rôle important. D'abord – et surtout – les services du ministère des Finances, qui sont chargés de calculer le montant des impôts dus par chaque contribuable et de procéder à leur recouvrement. Ensuite les tribunaux, qui veillent au respect des prescriptions légales et à la sauvegarde des droits individuels.

1. La détermination du montant des impôts

Il appartient à la direction chargée de la fiscalité au sein de la **direction générale des finances publiques** (DGFIP), créée en avril 2008 par la fusion de la direction générale des Impôts (DGI) et de la direction générale de la Comptabilité publique (DGCP), d'élaborer les textes de base ainsi que les instructions générales qui guident ses services régionaux et départementaux dans l'application de ceux-ci. C'est elle aussi qui établit l'*assiette de l'impôt* (c'est-à-dire la détermination de la matière imposable) et procède à sa *liquidation*, qui correspond au calcul des montants dus ; elle le fait entièrement pour la plupart des impôts d'État (IRPP, IS, TVA)[58], mais participe aussi aux opérations pour ce qui concerne les impôts locaux.

La liquidation est opérée sur la base des déclarations annuelles faites par les contribuables ; mais, pour éviter les sous-évaluations et les fraudes, les déclarations doivent souvent être doublées par des tiers : l'employeur indique ainsi le montant des salaires qu'il a versés, les établissements bancaires celui des plus-values réalisées lors des ventes de titres. Il arrive également que les services complètent les montants déclarés par des évaluations forfaitaires, fondées par exemple sur le chiffre d'affaires pour la détermination des bénéfices industriels ou commerciaux. Ils peuvent par ailleurs procéder à des contrôles (voir ci-dessous). Mais, en toute hypothèse, l'administration dispose du **privilège du préalable**, en ce sens que le contribuable doit payer d'abord et ne pourra contester qu'ensuite.

2. Le recouvrement

Il est principalement opéré par des agents du ministère des Finances, ayant la qualité de comptables et rattachés à la filière « gestion publique » de la direction générale des Finances publiques (DGFIP) de ce ministère et répartis dans toutes les circonscriptions de l'État et des collectivités territoriales : leurs grades et leurs appellations varient suivant l'importance de la circonscription dans laquelle ils exercent. Entre autres tâches[59], ces agents recouvrent presque tous les impôts directs de l'État et tous ceux des collectivités territoriales. Le recouvrement de certains impôts indirects,

58. Il existe une exception pour l'ISF, dont le montant est calculé par les assujettis eux-mêmes, sous réserve d'une simple vérification par les services.

59. On a vu plus haut (voir p. 181) qu'ils assurent aussi la gestion financière et comptable des services de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

telles la taxe intérieure de consommation sur les produits énergétiques ou la taxe sur les tabacs, est effectué par la direction générale des Douanes.

3. Les contrôles fiscaux

Dans la mesure où le paiement de l'impôt est une obligation à laquelle les assujettis ne peuvent se soustraire, mais où son montant dépend en grande partie des déclarations qu'ils effectuent, l'institution d'un contrôle sur la sincérité de ces déclarations s'est imposée d'elle-même. Ce sont les agents de la filière fiscalité de la DGFIP qui en sont chargés et ils disposent pour y procéder de moyens variés.

Le **contrôle sur pièces**, effectué au sein des services, est habituel : il consiste à rapprocher les déclarations annuelles du dossier fiscal des contribuables. S'ils constatent une discordance, les agents peuvent demander tous les renseignements qu'ils jugent utiles aux intéressés, mais aussi à des tiers (employeur, banques), et ces renseignements ne peuvent leur être refusés.

Des **investigations** sur place auront lieu si le contrôle sur pièces laisse présumer l'existence d'une fraude. Les agents peuvent vérifier la comptabilité des particuliers et des entreprises qui sont astreints à en tenir une, voire procéder à l'examen contradictoire d'ensemble de la situation financière personnelle (ESFP) de tout contribuable soumis à l'impôt sur le revenu, en vue d'apprécier la compatibilité de son train de vie avec les revenus qu'il a déclarés. En cas de fraude caractérisée (par exemple, la découverte de fausses factures), les agents auront la possibilité de procéder à des perquisitions et des saisies de pièces, mais sous le contrôle du juge judiciaire, gardien traditionnel des libertés individuelles et de la propriété (voir page 144).

Ces différentes investigations sont entourées de garanties. En particulier, les intéressés doivent en être avertis au préalable, reçoivent un exemplaire de la Charte du contribuable vérifié qui indique les limites des pouvoirs reconnus à l'administration, et ont le droit de se faire assister par un conseil de leur choix.

Des **redressements** sont opérés lorsque les revenus réels dépassent le montant indiqué dans la déclaration. Ils doivent être motivés, ce qui donne aux intéressés la possibilité de les discuter, mais sont toujours assortis d'intérêts de retard au taux de 0,75 % par mois, et parfois de pénalités qui atteignent un montant très élevé en cas d'escroquerie avérée ou d'opposition à un contrôle[60]. Enfin, après avis d'une commission des infractions fiscales, des **poursuites judiciaires** peuvent être engagées contre les fraudeurs, qui encourent des amendes et parfois des peines d'emprisonnement.

L'efficacité des contrôles se heurte cependant à des limites en raison de l'existence de « paradis fiscaux » étrangers garantissant l'anonymat des dépôts et des transferts de fonds. La coopération entre administrations fiscales et juges d'instruction de différents pays se développe pour lutter contre ces pratiques, mais la rapidité des opérations effectuées par voie informatique et le traditionnel secret bancaire contrecarrent parfois leurs efforts[61].

4. Le rôle des tribunaux

La jurisprudence fiscale est abondante, car les recours intentés par les contribuables sont nombreux. Elle émane de deux sources différentes : depuis le partage du contentieux opéré en 1790, en effet, le contentieux des impôts directs relève de la juridiction administrative, tandis que celui des impôts indirects appartient aux tribunaux judiciaires.

Le **contentieux de l'imposition**, qui vise la détermination de l'assiette ou la liquidation, doit être obligatoirement précédé d'une réclamation adressée au service des impôts. Si celui-ci refuse d'y faire droit, ou garde le silence pendant six mois, ce qui fait naître une décision implicite de rejet, l'intéressé dispose d'un nouveau délai de deux mois pour saisir le juge (selon le cas, le tribunal administratif ou d'instance). Les règles relatives à la procédure contentieuse et aux possibilités d'appel et de cassation sont celles du droit commun.

Le **contentieux du recouvrement** est de deux sortes. La première vise le cas où la réclamation préalable, adressée à l'administration par un contribuable, contient une demande de sursis au paiement de l'impôt contesté, et où cette demande est rejetée : si l'intéressé présente des garanties de solvabilité, le juge des référés pourra ordonner le sursis.

La seconde hypothèse concerne les modalités des contrôles fiscaux et le recouvrement forcé : les tribunaux interdisent, par exemple, à l'administration de s'immiscer dans le fonctionnement courant d'une entreprise à l'occasion d'un contrôle ; ils vérifient aussi l'exactitude de la distinction qu'elle a opérée entre patrimoine personnel et professionnel, et sanctionnent les erreurs qu'elle commet en déclenchant des procédures d'exécution forcée telles que les saisies et les ventes. Le Conseil d'État a jugé, en 1990 (comme il l'a fait pour les mesures de police, voir page 152), que la responsabilité de l'administration pouvait être engagée par de telles opérations, même en l'absence d'une faute lourde. Et le Conseil constitutionnel a soumis les sanctions fiscales au régime des sanctions pénales, ce qui oblige l'administration à respecter les droits de la défense et le principe de la proportionnalité de la peine prononcée au délit commis.

60. Il existe toutefois des possibilités de transaction ou de remise gracieuse

61. En septembre 2016, un rapport du Sénat évaluait le montant de l'évasion fiscale entre 30 et 50 milliards d'euros pour la France. À titre de comparaison, l'impôt sur le revenu rapporte 72,3 milliards d'euros par an et l'impôt sur les sociétés 32,8 milliards. Les actions de lutte deviennent cependant plus efficaces. En 2015, pour la première fois, le montant des redressements imposés a dépassé 20 milliards d'euros.

Questions à réponse courte sur les finances publiques

Quels sont les principes budgétaires et leurs atténuations ?

Comme toutes les questions très générales et qui vous obligent à passer en revue de nombreux aspects du cours, il importera de ne pas perdre trop de temps en développements inutiles, mais aussi de ne pas oublier des aspects essentiels. Le sujet étant long à traiter, il ne faut ni être trop schématique ni, compte tenu du temps imparti, trop détailler les réponses.

Vous indiquerez en introduction que les principes budgétaires ont été établis pour affirmer le pouvoir du Parlement dans la discussion budgétaire. La définition des principes et de leur contenu est assez simple à résumer. Attention à bien rappeler les évolutions introduites par la LOLF. Il faudra donc, après avoir mentionné les quatre principes traditionnels et leur contenu, souligner sommairement les évolutions des principes d'annualité et de spécialité, en évoquant les deux raisons des changements : accroissement du pouvoir du Parlement et volonté de responsabiliser les gestionnaires. Il faudra enfin souligner le souci de transparence qu'implique l'apparition du principe de sincérité.

Voir page 164 et suivantes.

Le partage des pouvoirs entre l'ordonnateur et le comptable.

Pour répondre à cette question, vous serez amenés à rapprocher deux subdivisions différentes d'un chapitre de cet ouvrage. Vous distinguerez entre les phases administratives et comptables des procédures d'exécution des dépenses et de perception des recettes publiques. L'ordonnateur est chargé des premières, le comptable des secondes.

En matière de dépenses, l'ordonnateur a donc le monopole de l'acte d'engagement comptable qui, malgré son nom, relève bien de la phase administrative et qui consiste à individualiser la dépense et à réserver les crédits nécessaires ; il liquide ensuite la dépense par constatation du service fait, ce qui consiste à arrêter son montant définitif ; il l'ordonnance enfin, en donnant au comptable l'ordre de payer. Le comptable est alors chargé du paiement, après avoir constaté la régularité de l'ordre donné.

En matière de recettes, l'ordonnateur est en principe chargé de la constatation et de la liquidation de la recette mais il n'a pas le monopole de ces opérations, qui peuvent être effectuées par des fonctionnaires n'ayant pas la qualité d'ordonnateur. Il est en revanche le seul à pouvoir mettre la recette en recouvrement par l'émission d'un ordre de recette. Le comptable est chargé de la perception, après avoir constaté la régularité de l'ordre donné.

Voir page 178 et suivantes.

Quelles sont les principales missions d'une chambre régionale des comptes ?

L'essentiel des réponses se trouve dans la partie « Finances publiques », qui rappelle les deux types d'attributions des chambres : juge des comptes et contrôle de gestion d'une part ; participation au contrôle sur les collectivités territoriales de l'autre. Mais vous pourrez aussi vous servir du passage correspondant dans la partie « Droit administratif » pour rappeler, en introduction, la nouveauté qu'a représentée la « juridictionnalisation » des pouvoirs de tutelle et sa part dans la décision prise par les lois de décentralisation de créer les chambres régionales.

Voir pages 93 et 191.

L'évolution des règles de procédure devant les juridictions financières.

Pour montrer que vous réfléchissez et que vous ne vous contentez pas de réciter, vous commencerez votre réponse en replaçant le sujet dans un contexte plus large. Vous rappellerez donc que, de manière générale, les règles de la procédure administrative contentieuse ont été, à plusieurs reprises, condamnées par la Cour européenne des droits de l'homme, qui a estimé qu'elles ne respectaient pas les exigences de l'article 6-1 de la Convention européenne. Vous indiquerez que cet article impose que toute affaire portée devant une juridiction soit jugée dans un délai raisonnable par un tribunal impartial et indépendant ; vous citerez l'arrêt *Kress* (voir p. 147).

Les juridictions financières sont des juridictions administratives ; la procédure suivie devant elles donnait donc des pouvoirs importants au juge ; elle était secrète et non publique. En outre, le fait qu'on y jugeait les comptes et non les comptables entraînait souvent une mise à l'écart des personnes au profit d'une analyse « objective » des comptes.

Après plusieurs alertes, cette situation a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Martinie c/ France*. Il a donc fallu voter la loi d'octobre 2008 pour respecter les exigences conventionnelles. Essayez d'ordonner les changements opérés autour d'idées générales et n'en donnez pas une liste « en vrac ». Vous pouvez présenter les choses ainsi :

On a renforcé le principe *d'impartialité*, en supprimant la possibilité d'auto-saisine de la juridiction, en rendant l'instruction et la poursuite indépendantes du jugement et en changeant l'appellation des anciens « commissaires du gouvernement » qui deviennent des représentants d'un ministère public désormais exclu du délibéré.

On a affirmé de façon très générale que le principe de *publicité* s'appliquait à la procédure devant les juridictions ; on a renforcé le principe du *contradictoire* par le développement des droits de la défense, qui acquiert en particulier le droit au dernier mot lors de l'audience. Enfin, pour éviter de compromettre l'exigence du *délai raisonnable*, la règle traditionnelle du double arrêt a été supprimée.

Voir page 189 et suivantes.

Partie IV
Institutions européennes

Chapitre 1 Historique de l'intégration européenne

Chapitre 2 Les principes généraux de l'organisation des institutions de l'Union européenne

Chapitre 3 Le Conseil de l'Union européenne

Chapitre 4 Le Parlement européen

Chapitre 5 La Commission

Chapitre 6 Les institutions judiciaires

Chapitre 7 La Cour des comptes européenne

Chapitre 8 Les organes de l'Union européenne

Chapitre 1
Historique de l'intégration européenne

Les origines de cette intégration sont anciennes. En Europe, la fin de la Seconde Guerre mondiale voit apparaître deux phénomènes complémentaires. Une division du continent en deux zones, placées respectivement sous les influences américaine et soviétique (à partir de 1949, la séparation a conduit à la mise en place de lignes de démarcation hermétiques – « rideau de fer », puis construction du mur de Berlin – qui ont largement figé jusqu'au début des années 1990 les frontières redéfinies par les accords de Yalta, conclus en février 1945 entre les trois grandes puissances victorieuses de l'Allemagne). Et la mise en place d'organisations de coopération au sein de chacun des deux blocs. Elles se sont essentiellement développées dans les domaines militaire – Organisation du traité de l'Atlantique nord ou OTAN, mise en place en 1948 à l'Ouest ; pacte de Varsovie, conclu parallèlement en 1955, à l'Est – et économique (Organisation de coopération et de développement économiques – OCDE – dont les origines remontent à avril 1949) ; par ailleurs fut créé à l'Est, en 1949, le Comecon, Conseil d'aide économique mutuelle (dissous en 1991), pour couper court à toute tentation de répondre favorablement aux propositions d'aide américaine.

1. Les débuts de la Communauté européenne

Très vite, certains ont manifesté à l'Ouest le souci d'un renforcement de la coopération : une initiative française, à laquelle il faut associer les noms de Jean Monnet et de Robert Schuman, conduisit à la création, par le traité de Paris du 18 avril 1951, du premier marché commun : la **Communauté européenne du charbon et de l'acier** (CECA)[1]. Les six pays signataires (Allemagne, Belgique, France, Italie, Luxembourg et Pays-Bas) poursuivirent dans cette voie en adoptant, le 25 mars 1957, les **traités de Rome** qui créaient un marché commun de l'énergie atomique (Euratom) et, surtout, prévoyaient la mise en place progressive d'un marché commun généralisé ; ils instituaient en effet, sans limitation de durée, la **Communauté économique européenne** (CEE), s'accompagnant de la mise en place d'institutions communes (assemblée parlementaire et Cour de justice des communautés européennes). Le 8 avril 1965, un nouveau traité signé entre les six pays à Bruxelles procédait à l'unification des exécutifs en instituant un conseil des ministres unique et une Commission unique pour les trois communautés.

Tout au long de la période gaulliste, la position française avait été marquée par une forte opposition au principe de la *supranationalité.* L'élection du président Pompidou (en 1969) marque un infléchissement de la politique de la France, qui se rallie à l'idée d'un triptyque achèvement-approfondissement-élargissement et fait accomplir à la construction européenne de nouveaux pas décisifs dans le sens de l'unification. En avril 1970, une décision modifie les conditions de financement des activités européennes. Au lieu de dépendre de contributions financières des États membres, elles sont désormais financées par des ressources propres (droits de douane ou part de TVA, voir page 197) ; dans le même temps, un nouveau traité confère de véritables pouvoirs budgétaires au Parlement européen. En 1972, une coordination des politiques monétaires se met en place avec la création du **serpent monétaire**, visant à limiter les marges de fluctuation entre les monnaies des États membres.

2. L'élargissement progressif de la Communauté européenne

En 1957, le traité de Rome avait créé une union douanière. Celle-ci se caractérise par deux éléments. Le premier est la disparition progressive de toute barrière douanière à l'intérieur de l'Union ; en résultent donc les principes qui sont à la base de la construction européenne (liberté de circulation, sans entraves, des personnes, des marchandises et des services). C'est l'idée du **marché commun**. En revanche, la mise en place de l'Union impliquait le maintien d'une barrière douanière entre elle et les pays extérieurs. Ce second élément gênait fortement certains pays européens non-membres de la communauté initiale, mais qui souhaitaient y entrer.

Tel était le cas de la Grande-Bretagne. D'une part, elle refusait toute entrave aux échanges économiques avec ses

1. Domaine vital à l'époque : « *La solidarité de production qui sera ainsi nouée manifestera que toute guerre entre la France et l'Allemagne devient non seulement impensable mais matériellement impossible* » (Robert Schuman, extrait de la déclaration du 9 mars 1950).

anciennes colonies membres du Commonwealth (Canada, Australie, Nouvelle-Zélande, etc.). D'autre part, elle était sans doute le pays européen le plus sensible aux points de vue des États-Unis qui souhaitaient supprimer toute barrière douanière entre les pays occidentaux. L'adhésion de la Grande-Bretagne à la Communauté comportait donc un grand risque de remise en cause des principes initiaux et cela explique que, par deux fois, sous l'impulsion du général de Gaulle, la France ait opposé son veto à la candidature britannique.

Là encore, le changement de président en France allait amener une évolution. Le 22 janvier 1972, un traité permettait l'adhésion de trois nouveaux États : la Grande-Bretagne, l'Irlande et le Danemark. Ils furent suivis en 1981 par la Grèce, en 1986 par l'Espagne et le Portugal, en 1994 par l'Autriche, la Finlande et la Suède. La Norvège, candidate par deux fois, a par deux fois refusé d'entrer dans la Communauté à la suite de référendums négatifs.

La **fin de la guerre froide** et la volonté des pays de l'Europe centrale et orientale d'être intégrés dans l'Union ont conduit à un processus d'élargissement supplémentaire. Après des négociations parfois difficiles, un traité signé à Athènes le 16 avril 2003 permit, à compter du 1er mai 2004, l'intégration de dix nouveaux pays, dont on a estimé qu'ils étaient capables d'assumer les obligations qui en découlent : Chypre, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, Malte, la Pologne, la République tchèque, la Slovaquie et la Slovénie. Trois candidatures nouvelles ont ensuite été acceptées, celles de la Roumanie et de la Bulgarie, qui ont adhéré à l'Union au 1er janvier 2007, et celle de la Croatie, entrée le 1er juillet 2013. L'entrée de l'Islande a été négociée de 2010 à 2013 mais elle n'est plus candidate. Sont officiellement candidats en 2016 : la Turquie, le Monténégro, la Serbie, l'Ancienne République yougoslave de Macédoine et l'Albanie.

Ces élargissements successifs ont eu des effets importants sur l'organisation institutionnelle et, en février 2001, le traité de Nice a introduit un rééquilibrage des pondérations des voix et des sièges au sein des organes européens. Par ailleurs, sur le plan qualitatif, ils provoquent une hétérogénéisation croissante, qui rend plus délicate la définition de certaines politiques de l'UE. En particulier, l'idée initiale d'union douanière, qui se matérialise par l'existence d'un tarif douanier commun protégeant les États membres vis-à-vis de l'extérieur, est soumise à de fortes pressions sous l'effet de la mondialisation. Et, sur le plan quantitatif, plus on est nombreux, plus la définition de points de vue communs à tous les États membres devient difficile ; ceci explique l'apparition de manifestations d'une construction européenne à plusieurs vitesses (comme l'a montré, par exemple, la mise en place de la monnaie commune, l'euro).

3. De la Communauté à l'Union européenne

Les progrès de la construction européenne se sont manifestés dans plusieurs domaines.

1. Une amélioration de l'organisation institutionnelle

Elle s'est traduite par trois évolutions essentielles.

a) Un renforcement de la coopération politique

Le contexte politique français, marqué par l'élection du président Pompidou en 1969 et, plus encore, par celle de Valéry Giscard d'Estaing en 1974, a favorisé de nouveaux développements de la coopération européenne, scandés par plusieurs mesures importantes. À la fin de 1974, à la suite du sommet de Paris, fut créé le **Conseil européen**, qui réunit régulièrement les chefs d'État ou de gouvernement de la Communauté (puis de l'UE) et le président de la Commission, et peut évoquer toutes les questions d'intérêt commun. Il représente un échelon essentiel de concertation périodique entre États qui, parce qu'il rassemble les plus hauts responsables politiques, est capable d'arbitrer toutes les questions importantes et, comme le dira le traité de Maastricht, de *« donner à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et d'en définir les orientations politiques générales »*. La création de ce Conseil a marqué une nouvelle étape de la construction européenne, où le développement de la coopération politique entre États membres prend largement le pas sur la recherche d'une unification et d'une intégration plus étroites.

Au terme de longues et difficiles négociations, un nouveau traité, baptisé **Acte unique européen**, a été signé en février 1986 par les États membres et est entré en vigueur le 1er juillet 1987[2]. Ce texte a d'abord consacré l'existence juridique du Conseil européen. Il a également renforcé de façon significative les pouvoirs de la plupart des autorités communautaires. Il a surtout ouvert une nouvelle phase qui insiste sur l'importance de la coopération politique pour accompagner l'unification économique, avec pour objectif la *« transformation des relations des États membres en une Union européenne »*. Il a développé parallèlement le domaine de la coopération européenne, en particulier pour certaines questions touchant à la sécurité, ne laissant que la défense en dehors du champ couvert. Et, pour renforcer la coopération politique entre États membres, il a instauré toute une panoplie de concertations préalables sur les questions importantes de politique étrangère.

2. L'Acte unique avait pour objectif l'achèvement, au 1er janvier 1993, du marché intérieur par la mise en place d'un grand marché unique reposant sur quatre libertés : libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes.

Le traité de **Maastricht** (7 février 1992) et celui d'**Amsterdam** (2 octobre 1997) ont donné une impulsion décisive à l'évolution. Leur action a été prolongée par le traité de **Nice** (26 février 2001), entré en vigueur le 1er février 2003. Tout cet ensemble était regroupé en deux traités jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de **Lisbonne**, le 1er décembre 2009 : le traité instituant la Communauté européenne (dit « TCE » et devenu le « traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » – TFUE) et le traité sur l'Union européenne (dit « TUE »)[3]. Les trois anciennes communautés ont été fondues en une Communauté unique, intégrée dans une Union européenne instaurée par le traité de Maastricht et fondée sur trois « piliers ». Le premier était réglé par le TCE, les autres figuraient dans le traité UE. À la différence du premier pilier, les deux autres laissaient une place essentielle au principe de l'unanimité et ne donnaient qu'un rôle très restreint à la Commission ou au Parlement européen.

Le pilier communautaire correspondait aux activités traditionnelles de la Communauté européenne, élargies par les traités successifs ; la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) visait à assurer une certaine cohérence de l'action extérieure de l'Union ; le troisième pilier était constitué par une coopération policière et judiciaire dans le domaine pénal. C'est à ce dernier titre que s'est développée une politique commune en matière d'immigration, avec la création, dans le cadre de l'Union, de **l'espace Schengen** (du nom d'un accord signé en 1985 par la France, l'Allemagne et les pays du Benelux[4]) : les contrôles s'appliquant aux étrangers ne sont réalisés qu'au moment de leur entrée dans l'espace commun aux pays signataires et n'ont pas à être renouvelés à chaque franchissement de frontières intérieures.

Cette structure en piliers est apparue trop compliquée : en particulier, les compétences inscrites dans chacun d'entre eux se juxtaposaient et se chevauchaient souvent. Aussi, le traité de Lisbonne (13 décembre 2007) a **fusionné les trois piliers**. Il leur a substitué une nouvelle classification, en répartissant désormais les compétences en trois grandes catégories : les compétences **exclusives**, relevant de la seule Union et où les États membres ne gardent qu'un rôle d'exécution ; les compétences **partagées**, où les États exercent leur pouvoir tant que l'Union n'intervient pas ; et les compétences **de coordination**, où l'Union se contente de coordonner ou de compléter l'action des États membres[5].

Les traités instaurent donc désormais un **cadre institutionnel unique** qui comprend sept organes portant, en vertu de l'article 13 TUE, le nom d'**institutions de l'Union** : le Parlement européen, le Conseil européen, le Conseil de l'Union européenne (ou Conseil), la Commission européenne, la Cour de justice de l'UE, la Banque centrale européenne et la Cour des comptes. Il existe d'autres instances au sein de cet ensemble, mais on leur refuse ce qualificatif d'« institution » : on les appelle des « organes » de l'Union.

b) Un renforcement de l'autorité et des pouvoirs du Parlement

En septembre 1976, le Conseil avait adopté l'Acte relatif à l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct, qui a conduit aux élections de juin 1979. Puis les pouvoirs du Parlement ont été progressivement renforcés. En particulier, avec l'**Acte unique** de 1986, ses prérogatives budgétaires se sont accrues, cependant que se sont multipliées les hypothèses dans lesquelles une décision exige, pour prendre effet, l'accord du Conseil de l'Union européenne et du Parlement (la *codécision*).

c) L'extension du champ d'application de la majorité qualifiée

Plusieurs accords successifs ont limité le nombre des cas dans lesquels les décisions exigent l'accord de tous les États membres : en particulier, à partir de l'Acte unique de 1986, le vote du Conseil à la majorité qualifiée est devenu la règle pour toutes les mesures conduisant à la mise en place du marché unique. La ratification du traité de Lisbonne autorise ce mode de décision pour une quarantaine de domaines nouveaux concernant, par exemple, la politique économique et monétaire ou les actions en matière de liberté, de sécurité et de justice, l'énergie et la recherche.

2. Une meilleure intégration des politiques financière et monétaire

Deux traités, signés en avril 1970 et en juillet 1975, avaient renforcé les pouvoirs budgétaires du Parlement et créé la **Cour des comptes européenne**. Par ailleurs, très vite s'est imposée l'idée que la stabilité monétaire entre les différents États membres était une condition importante de l'équilibre du marché unique. Le principe de la coordination des politiques économique, budgétaire et monétaire était déjà présent dans les traités fondateurs : il a été rappelé en permanence par la Commission et par le Conseil et est réapparu dans tous les traités importants ultérieurs (Acte unique, Maastricht, etc.). Avec l'adoption en 1978 par le Conseil européen des textes conduisant à la création du **Système monétaire européen** (SME), les États membres ont renforcé la solidarité entre leurs monnaies, dont ils ont cherché à limiter les fluctuations, d'abord les unes par rapport aux autres, puis chacune d'entre elles par rapport à une unité de compte commune, l'ECU[6], imposant ainsi à chaque pays membre une discipline monétaire et financière.

À partir de 1990, les ambitions ont été encore plus fortes. Une harmonisation fiscale a unifié autour de principes communs le régime de la TVA, et la liberté de circulation des capitaux est devenue totale. En 1992, le traité de Maastricht a décidé la mise en place d'une véritable Union monétaire avec la création, en 1999, d'une monnaie unique, l'**euro**.

3. Les deux traités (TUE et TFUE) ont la même valeur juridique.

4. L'espace Schengen s'étend en 2016 à 26 États : 22 États de l'Union et 4 pays dits « associés » – l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse.

5. Le traité de Lisbonne supprime de ce fait les termes de « Communauté » ou « communautaire » de la terminologie officielle : seule existe désormais une Union européenne. La PESC et la politique de défense gardent cependant une certaine spécificité : en particulier, les décisions en la matière exigent toujours un accord unanime des États.

6. Précurseur de l'euro.

Dans douze des quinze États membres d'alors, la substitution de cette monnaie unique aux anciennes monnaies nationales a été réalisée le 1er janvier 2002 ; sept autres États de l'UE ont adhéré depuis cette date à l'euro[7]. Ces États ont renoncé, de ce fait, à toute politique monétaire propre au profit d'une politique commune désormais placée sous la responsabilité d'une **Banque centrale européenne** (devenue institution de l'UE avec le traité de Lisbonne). Le bon fonctionnement de cette Union économique et monétaire va de pair avec une obligation de discipline financière qui impose aux États membres une limitation de leurs déficits publics à laquelle tous ne sont pas encore parvenus, y compris la France.

3. L'apparition d'une citoyenneté européenne

Elle a été affirmée par le traité de Maastricht. Le traité d'Amsterdam prévoyait qu'elle complète la citoyenneté nationale, sans la remplacer. Elle implique en particulier le droit à la liberté de circulation et de séjour sur le territoire des États membres, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales et européennes dans l'État de résidence, le droit de pétition devant le Parlement européen, le droit de saisir le Médiateur européen et celui d'obtenir une réponse des institutions communautaires lorsqu'on s'adresse à elles.

4. La crise de l'Europe et les perspectives d'évolution

Indépendamment des négociations liées à l'élargissement en direction d'un certain nombre de pays de l'Est de l'Europe, la discussion essentielle a tourné autour de la renégociation d'un traité « fondamental » qui doterait l'Europe d'une véritable Constitution. En juin 1999, au Conseil européen de Cologne, les quinze États membres avaient décidé la constitution d'une commission, dénommée Convention, chargée d'élaborer une sorte de Déclaration des droits du citoyen européen : la **Charte des droits fondamentaux**, applicable au niveau de l'Union, a été approuvée en même temps que le traité de Nice en février 2001. Le traité de Lisbonne lui donne la même valeur juridique qu'aux traités ; il la rend ainsi opposable et permet donc aux citoyens européens de l'invoquer en justice pour faire annuler les actes qui ne la respectent pas.

Le Conseil européen de **Laeken**, le 15 décembre 2001, avait voulu aller encore plus loin dans la voie de l'intégration, en décidant la création d'une Convention sur l'avenir de l'Europe chargée d'élaborer un **projet de Constitution** européenne. Composée de 105 membres (représentants des Parlements nationaux, anciens ministres, personnalités du monde juridique et politique), dotée d'un présidium de douze membres et présidée par Valéry Giscard d'Estaing, elle a élaboré un projet de Constitution, signé à Rome le 29 octobre 2004.

La ratification du traité comportant ce projet de Constitution s'est heurtée au résultat négatif des référendums français et néerlandais organisés en 2005. Pour relancer la construction européenne, le Conseil européen de Bruxelles a abouti, en juin 2007, à un accord sur les grandes lignes d'un **« traité simplifié »**[8] destiné à remplacer le traité constitutionnel. Les chefs d'État et de gouvernement ont donc convoqué une conférence intergouvernementale, organisme *ad hoc* composé de représentants des vingt-sept États membres et de la Commission, et chargé de rédiger le texte de ce traité. Les ambitions ont été réduites par rapport au traité constitutionnel. Le **traité de Lisbonne**, adopté selon la même procédure que ceux d'Amsterdam et de Nice et signé en décembre 2007, a seulement modifié les traités existants au lieu de se substituer à eux. Non sans difficulté, il a été ratifié par les vingt-sept États membres[9] et est entré en vigueur le 1er décembre 2009. Il procède à une fusion des piliers, **modifie les deux traités fondamentaux** et rebaptise le TCE « traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » (TFUE). *« TUE et TFUE ont la même valeur juridique »,* dit l'article 1er du TUE qui ajoute : *« L'Union se substitue et succède à la Communauté européenne. »*

L'Europe est aujourd'hui en crise. On dit traditionnellement que son évolution s'est structurée autour de deux pôles essentiels : l'approfondissement de la construction politique de l'Europe et l'élargissement de l'Union. Ce dernier point soulève de fréquentes inquiétudes sur la capacité de l'UE à maîtriser tant les extensions qu'elle a connues récemment que celles qui sont prévues dans un avenir plus ou moins proche[10]. Les opinions publiques des États déjà membres acceptent difficilement d'accueillir de nouveaux partenaires qu'elles considèrent comme de plus en plus éloignés des standards initiaux caractérisant les membres de l'Union. Et les difficultés que rencontre actuellement la construction européenne risquent de rendre l'adhésion moins attractive, comme le montrent les distances prises par l'Islande ou que semble prendre l'Ukraine.

L'approfondissement s'est fait, à partir du traité de Maastricht, au prix d'une cécité volontaire sur l'existence de nombreux problèmes non résolus. On constate, d'une part, un déficit évident de démocratie. Le vote du traité de

7. Ce sont la Slovénie, Chypre, Malte, la Slovaquie, l'Estonie, la Lettonie et la Lituanie. Parmi les pays récalcitrants, on continue de trouver, en 2016, le Danemark et la Suède.

8. Il modifie en fait plusieurs dizaines de dispositions des traités existants et est accompagné de volumineuses annexes.

9. Échaudés par l'expérience, tous les gouvernements européens, et en particulier la France, ont refusé d'utiliser la voie référendaire et préféré la procédure parlementaire pour procéder à la ratification du traité de Lisbonne. L'Irlande était le seul pays obligé de recourir au référendum, en raison de sa Constitution. Ses électeurs avaient refusé la ratification du traité en 2008 ; sous la pression des autres États, un nouveau référendum a été organisé en octobre 2009. Son résultat ayant été positif, le dernier État récalcitrant, la République tchèque, a fini par céder en novembre 2009.

10. La Croatie a rejoint l'UE le 1er juillet 2013, portant le total des États membres à 28. Les pays reconnus officiellement comme candidats sont l'ancienne République yougoslave de Macédoine (ARYM), l'Albanie, le Monténégro, la Serbie et la Turquie. Tous les pays des Balkans occidentaux sont considérés comme candidats « potentiels ».

Lisbonne n'a été possible que grâce au mépris des votes populaires émis en France et aux Pays-Bas à l'encontre du traité constitutionnel. En Irlande, il a fallu qu'un second référendum annule le résultat du premier. Plus récemment, l'Union a dû faire pression sur le Parlement slovaque pour qu'il révise un vote défavorable au plan de sauvetage de l'euro et au renforcement du Fonds européen de stabilité financière[11].

En ouvrant la voie à la mise en place d'une monnaie unique[12], le traité de Maastricht a conduit de fait à un éclatement de l'espace européen entre les pays de la zone euro (qui compte actuellement 19 membres) et les autres. Après avoir été longtemps hostile aux sommets restreints, l'Allemagne a fini, face à la gravité de la crise économique, par accepter la mise en place d'un noyau dur européen réduit à ces 19 États. Pour souligner clairement cette évolution, en octobre 2011, le président du Conseil européen est devenu aussi président des sommets de la zone euro. Dorénavant ce sont les dirigeants de la zone euro qui élisent le président du sommet de la zone euro (à la majorité simple), en même temps que le président du Conseil européen et pour un mandat de même durée[13]. Cependant, les autres membres supportent mal que des réunions de plus en plus nombreuses et importantes se tiennent sans eux, et ils réclament d'être consultés sur diverses mesures économiques ou fiscales qui y sont adoptées. Au sein de la zone euro, plusieurs membres n'acceptent pas la forte prédominance du couple franco-allemand et expriment clairement leurs craintes devant la perspective d'une Europe à plusieurs vitesses.

Dans ce contexte, les organes européens perdent de leur pouvoir, du fait du renforcement du poids des États. Institution sans légitimité démocratique, composée de personnalités qui n'occupaient pas de poste de premier plan dans leur pays, la Commission n'a pas joué le rôle important que les traités lui ont assigné : son poids dans la recherche de solutions à la crise économique qui secoue l'Union européenne depuis 2008 a été négligeable face aux initiatives des États.

Le débat sur la Banque centrale européenne est d'autant plus aigu que deux conceptions divergentes s'affrontent sur son rôle. Si les Allemands restent fidèles au principe de son indépendance et entendent maintenir son rôle de lutte contre l'inflation, les Français souhaiteraient lui confier des pouvoirs accrus d'intervention sur les marchés et voudraient en faire un instrument plus accordé aux visées des États menant une politique monétaire active.

Face à cette situation tendue, la France entend rester fidèle à une logique de relations intergouvernementales, alors que l'Allemagne penche pour une évolution plus franche vers une fédéralisation accrue : substitution généralisée du principe de la majorité à celui de l'unanimité, intégration dans les Constitutions nationales de contraintes budgétaires, contrôle accru d'instances européennes sur l'adoption des budgets nationaux…

Certains États (Grèce, Italie, Espagne) sont déjà placés sous l'emprise de mesures de surveillance qui s'apparentent à une forme de tutelle. Mais plusieurs de ces mesures supposeraient une révision des traités de plus en plus difficile à obtenir et devraient induire une importante transformation des modes de fonctionnement des organes européens, en exigeant de leur part une écoute plus attentive des préoccupations des citoyens.

Face à l'accélération de la crise, 25 pays de l'Union (à l'exception du Royaume-Uni et de la République tchèque) ont décidé, en décembre 2011, de conclure un nouveau traité intergouvernemental (et non européen, puisqu'il ne concerne pas tous les États membres[14]) : ce **« traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance » (TSCG)**, signé le 2 mars 2012, est entré en vigueur le 1er janvier 2013. Il prévoit une convergence accrue des politiques économiques des États signataires et instaure une discipline budgétaire stricte, en imposant une « règle d'or » (voir page 170) interdisant aux États de dépasser un « déficit structurel » de plus de 0,5 % du PIB (cette notion reste cependant imprécise). Il met aussi en place une automaticité des sanctions contre les États de la zone euro en cas de non-respect des règles qu'il pose. Il maintient l'interdiction du dépassement du déficit public au-delà de 3 % du PIB et d'une dette publique excédant 60 % de celui-ci.

En échange de la non-renégociation de ce pacte budgétaire, le président Hollande a obtenu l'adoption d'un « pacte de croissance » mobilisant 120 milliards d'euros sur trois ans en faveur des pays connaissant des difficultés financières. Par ailleurs, Nicolas Sarkozy avait prévu l'inscription de la règle d'or dans la Constitution française. Le Conseil constitutionnel ayant déclaré, dans sa décision du 9 août 2012, que le TSCG ne comportait aucune disposition contraire à la Constitution et qu'il ne portait pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, François Hollande a estimé que la transposition des procédures de surveillance instaurées par le TSCG pouvait se faire dans le cadre d'une loi organique. Votée par le Parlement, validée par le Conseil constitutionnel, cette loi du 17 décembre 2012 crée un Haut Conseil des finances publiques, placé auprès de la Cour des comptes et présidé par son Premier président ; il est, en particulier, appelé à se prononcer sur les prévisions de croissance et sur le respect de la trajectoire des finances publiques. Il peut attirer l'attention du gouvernement et du Parlement sur la nécessité de prendre des mesures de correction.

Les contraintes imposées aux États dans le cadre de la zone euro constituent un élément important de la **crise grecque** depuis 2008. La défiance exprimée par les milieux

11. Fonds créé lors d'un sommet exceptionnel des chefs d'État et de gouvernement de la zone euro, en mai 2010, et permettant de contracter des emprunts à la place des pays présentant des difficultés de solvabilité, avec la garantie des États de la zone.

12. Réalisée dans des conditions très contestables car au moins un pays candidat avait truqué ses comptes pour permettre l'acceptation de sa candidature et, surtout, car de nombreux pays de la zone, à commencer par l'Allemagne et la France, ont refusé de se plier aux règles de discipline budgétaire posées comme conditions de l'adhésion (pas de déficit supérieur à 3 % du PIB et une dette inférieure à 60 % de celui-ci).

13. Dans les faits, ce sont les mêmes personnes qui ont été élues aux deux fonctions : Herman Van Rompuy de 2012 à 2014, puis Donald Tusk depuis 2014.

14. Cette caractéristique permettra de ne pas avoir recours au référendum dans les pays où il est imposé par la Constitution pour toute modification apportée aux traités européens, et d'adopter le traité par la voie parlementaire.

économiques occidentaux envers la capacité de ce pays, fortement touché par la crise des banques, de rembourser sa dette – qui s'élevait à 175 % de son PIB (le déficit budgétaire montant à 13 %) – les a amenés à réduire les possibilités d'emprunt et à les assortir de taux de plus en plus élevés. Malgré neuf plans d'austérité successifs, les créanciers du pays (la « troïka » constituée par le Fonds monétaire international, l'Union européenne et la Banque centrale européenne) ont subordonné les trois plans d'aide qu'ils ont mis en place en 2010, 2011 et 2015 à des exigences de réforme de plus en plus mal supportées par la population grecque, qui a vu ses conditions de vie fortement dégradées. Un référendum, organisé après la victoire de la coalition d'extrême-gauche (SYRISA) aux élections grecques de janvier 2015, s'était conclu par le rejet des conditions posées par les créanciers, avant qu'elles ne soient finalement acceptées par le Parlement après de très dures négociations. La crise couve toujours, même si les craintes de voir la Grèce quitter la zone euro, voire l'Union, se sont finalement dissipées.

Mais l'élément le plus négatif est constitué par la décision prise par le peuple britannique, lors du référendum du 23 juin 2016, de quitter l'Union (le **Brexit**, voir page 212). Même si la Grande-Bretagne avait toujours exprimé des positions hostiles au renforcement constant des compétences de l'Union, cette décision, qui a surpris de nombreux observateurs, marque une étape décisive en renversant le cours de l'évolution précédente. Elle fait craindre des risques d'implosion, accentués par le développement des divergences entre États membres, en particulier sur le traitement de la « crise des migrants » et le retour en force du souverainisme (voir page suivante, note 16), qui remettent en cause certains des principes sur lesquels l'Europe s'était fondée, en particulier la libre circulation des personnes. S'y ajoutent les réticences montrées par les populations de certains pays face au développement des politiques libérales et les risques que celles-ci comportent pour les modèles sociaux fondés sur l'État-providence[15]. Face à cette situation difficile, l'Europe hésite entre la mise en place de projets concrets et un *statu quo* qui pourrait déboucher sur une paralysie définitive.

Malgré toutes ces difficultés, l'Union européenne se voit reconnaître un mérite essentiel : avoir évité à ses pays membres les situations de guerre qui les avaient maintes fois opposés dans le passé. C'est pourquoi elle s'est vu décerner, en 2012, le prix Nobel de la paix.

15. « *En France notamment*, disait Mario Monti, ancien chef du gouvernement italien et ancien commissaire européen, *la conviction que le marché progresse d'autant plus que les droits sociaux reculent est bien ancrée.* » L'amertume est d'autant plus forte que les citoyens ne croient plus en leur capacité d'inverser la tendance par leurs votes et constatent l'impuissance des évolutions électorales, en Espagne ou en Grèce, à modifier le cours des choses.

Chapitre 2
Les principes généraux de l'organisation des institutions de l'Union européenne

La construction de l'Europe tend à l'unification du continent dans un ensemble intégré, et on l'a parfois comparée au processus qui avait conduit à la création des États-Unis d'Amérique à la fin du XVIIIe siècle.

L'Union européenne ne constitue pas une organisation internationale classique. Sa mise en place correspond à un souci – très souvent difficile à réaliser – de passer d'une forme internationale d'organisation à une structure s'orientant vers une forme de fédération. La reconnaissance d'une « citoyenneté européenne » va dans ce sens. Il est d'ailleurs caractéristique qu'on se soit efforcé, au début du XXIe siècle, de faire adopter, sans succès, un texte qui porte le nom symbolique de Constitution européenne. Les dispositions du traité de Lisbonne créant un président de l'Union à plein temps traduisent la volonté de personnaliser l'image de l'Europe, celles créant un « Haut Représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité », le souci d'accroître l'unité de sa représentation à l'extérieur. Les unes et les autres manifestent un souhait d'intégration accrue.

La construction européenne résulte cependant d'un accord de volontés de la part d'États souverains qui acceptent d'abandonner une partie de leurs compétences au profit d'un ensemble supranational[16]. Cette origine reste fortement présente dans son fonctionnement. Par exemple, le Parlement européen demeure encore largement la représentation des habitants de chaque État membre, plus que celle des citoyens d'une Europe complètement unie. Les principes généraux qui régissent l'organisation européenne ne peuvent donc pas encore être totalement assimilés à ceux qu'on rencontre dans un État national, et la logique des négociations intergouvernementales continue souvent de l'emporter sur celle de l'intégration au sein de diverses instances de l'Union.

16. C'est pour réagir contre ces abandons que se manifestent des tendances politiques « souverainistes » qui défendent l'idée du « maintien de la souveraineté nationale ». Cette expression a, dans ce cas, un sens beaucoup plus large et moins précis que celle que nous avons rencontrée au début de la partie consacrée au droit constitutionnel (voir page 15). Elle signifie simplement la volonté de maintenir l'essentiel des compétences de l'État membre, sans s'interroger sur la manière dont celles-ci sont exercées en son sein. C'est sans doute pour tenir compte de ces résistances que le traité de Lisbonne a renoncé à consacrer juridiquement certains symboles comme le drapeau, la devise ou l'hymne européens.

1. La répartition des compétences entre l'Union et les États membres

1. Le principe d'attribution

La délimitation des compétences au sein de l'Union européenne est régie par le **principe d'attribution**. L'Union ne dispose donc que des compétences qui lui ont été conférées dans les traités par les États membres pour atteindre les objectifs fixés. Comme le rappelle l'article 5 du traité UE, *« toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres »*. Les articles 1 à 6 du TFUE résument clairement les relations entre l'Union et les États membres en distinguant trois catégories de compétences :
– les compétences **exclusives** de l'Union, où elle est seule à pouvoir légiférer, telles l'union douanière ou la politique monétaire pour les pays ayant adopté l'euro ;
– les compétences **partagées**, pour lesquelles les États peuvent légiférer dans la mesure où l'Union n'a pas exercé sa compétence ou bien a cessé de l'exercer ; c'est le cas de l'agriculture ou de la pêche, de l'environnement ou de la protection des consommateurs ;
– celles où l'Union n'exerce qu'une compétence de **coordination**, de complément ou d'appui. L'Union doit y respecter la compétence des États membres ; les mesures qu'elle prend ne peuvent jamais aller jusqu'à une harmonisation de celles qu'ont décidées les États ; c'est le cas de l'enseignement, du sport ou de la protection de la santé.

L'exercice des compétences de l'Union est régi par les principes de subsidiarité et de proportionnalité (voir ci-dessous). La violation de ces principes peut être invoquée devant la Cour de justice de l'Union européenne à l'appui du recours d'un État membre.

2. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité

Le principe de **subsidiarité**, introduit par le traité de Maastricht, fixe la frontière séparant les domaines d'action de l'Union et des États membres au sein des compétences partagées. Il repose sur l'idée que, pour être exercées efficacement et démocratiquement, les compétences doivent

l'être au niveau le plus proche possible des citoyens. Le traité de Lisbonne a, en outre, prévu un mécanisme de contrôle préventif de l'application de ce principe. Les projets d'actes législatifs adressés au Parlement et au Conseil doivent être transmis aux Parlements nationaux. Ceux-ci disposent alors d'un délai de huit semaines pour envoyer, à l'organe dont le projet émane, un avis motivé dénonçant une éventuelle atteinte à la subsidiarité. L'envoi de ce « carton jaune », signé par au moins un tiers des parlements nationaux, déclenchera un réexamen du projet. Au cas où 55 % des membres du Conseil ou la majorité du Parlement estimeraient le projet non compatible avec le principe de subsidiarité, l'examen de la proposition de la Commission sera arrêté. Avec ces dispositions, le traité institue une forme de **contrôle** des Parlements nationaux sur l'activité législative européenne.

Douze Parlements nationaux (dont le Sénat français) ont utilisé cette possibilité, en mai 2012, pour empêcher la Commission de réglementer le droit de grève : ils ont rappelé que cette question relevait du seul ressort des autorités nationales. La Commission a finalement abandonné son projet.

Quant au principe de **proportionnalité**, il implique que l'action de l'Union n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités.

2. La vie démocratique de l'Union

Les traités consacrent **les valeurs** de l'Union ; d'abord identifiées par une déclaration des chefs d'État et de gouvernement en 1973, elles ont été introduites dans l'article 2 du TUE par le traité de Lisbonne *: « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. »*

Dans cette logique, les traités reconnaissent des droits aux citoyens de l'Union : droit de libre circulation et de libre séjour, droit de vote et éligibilité pour les élections au Parlement européen et les élections municipales, droit de pétition, droit à la protection diplomatique et consulaire par l'Union. Dans sa rédaction issue du traité de Lisbonne, l'article 6 du traité UE prévoit que *« L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la* ***Charte des droits fondamentaux de l'UE*** *[…], laquelle a la même valeur juridique que les traités »* (voir page 210). Le TUE comporte, en outre, un titre II consacré aux « principes démocratiques » qui affirme celui de l'égalité des citoyens, fonde le fonctionnement de l'Union sur le principe de la démocratie représentative et exige des institutions qu'elles *« donnent, par les voies appropriées, aux citoyens et aux associations représentatives la possibilité de faire connaître et d'échanger publiquement leurs opinions dans tous les domaines d'action de l'Union »* (article 11 TUE).

Dans ce cadre, l'article 11 alinéa 4 du TUE institue un droit d'**initiative citoyenne** : celui-ci – jamais utilisé jusqu'ici – ouvre la possibilité, pour au moins un million de ressortissants d'un nombre significatif d'États membres, d'inviter la Commission, dans le cadre de ses attributions, à soumettre au Conseil et au Parlement une proposition appropriée sur un sujet donné. Cela n'aura néanmoins aucune valeur contraignante pour la Commission. Le Conseil et le Parlement ont déterminé les procédures et les conditions d'exercice de ce droit dans le cadre de la procédure législative ordinaire. Pour éviter tout abus de la part des États les plus peuplés, les signataires devront relever d'au moins un quart des pays membres.

3. L'absence d'une séparation claire des pouvoirs

À première vue, on a l'impression de retrouver, dans le cadre de l'Europe, une division traditionnelle des pouvoirs entre un exécutif, un législatif et un pouvoir judiciaire : les institutions portent des noms analogues à ceux que l'on rencontre dans les systèmes nationaux avec un conseil des ministres, devenu par la suite Conseil de l'Union européenne, une assemblée qui a pris le nom de Parlement et une Cour de justice. Il faut cependant se méfier des apparences. L'organisation européenne garde une forte originalité par rapport aux systèmes nationaux, liée à son origine internationale et aux réticences qui ont souvent accompagné les abandons de souveraineté.

Certes, le pouvoir judiciaire est clairement individualisé et il est confié exclusivement à la Cour de justice de l'UE, aujourd'hui assistée par un Tribunal. Mais, par exemple, dans les systèmes nationaux des États membres, les institutions parlementaires exercent deux sortes de pouvoirs : le vote de la loi et le contrôle politique de l'exécutif. Dans les institutions européennes, ces deux fonctions ont longtemps été dissociées et ce n'est que récemment que le développement progressif des compétences du Parlement lui a donné, à côté du Conseil de l'UE, une part croissante mais encore limitée de l'exercice du pouvoir législatif. Par ailleurs, la Commission a seule l'initiative législative. On voit donc, d'une part, que certains organes peuvent cumuler des fonctions différentes, puisque le Conseil exerce à la fois des pouvoirs exécutifs et législatifs ; et d'autre part que certaines fonctions, par exemple le pouvoir législatif, sont partagées entre plusieurs organes. On est loin d'une séparation tranchée entre les pouvoirs.

4. Négociation entre gouvernements et intégration européenne

Deux organes portent le nom de « Conseil » au sein de l'Union européenne et il ne faut pas les confondre.

– Le plus ancien, créé dès l'origine, est le conseil des ministres, devenu en 1993 **Conseil de l'Union européenne**.

– Dans la pratique, on a cependant pris l'habitude de réunir, lorsqu'un problème important se posait, des « sommets » européens réunissant les chefs de gouvernement mais dans lesquels, compte tenu de l'équilibre institutionnel propre à la France, la représentation française était assurée par le président de la République[17]. Cette pratique, qui traduisait le passage progressif, dans la construction européenne, des préoccupations d'intégration économique à un souci de construction politique, fut institutionnalisée en 1974, avec la décision des chefs d'État et de gouvernement, prise au sommet de Paris, de se réunir désormais régulièrement *« en Conseil des Communautés et au titre de la coopération politique »*. Le développement de son rôle a traduit un retour en force de la logique de négociation intergouvernementale par rapport à la démarche d'intégration qui caractérisait les principes initiaux de la construction européenne.

Les fonctions de ce qu'on appelle aujourd'hui le **Conseil européen** ont donc été, dès l'origine, tournées à la fois vers l'intérieur de la Communauté (diriger l'activité communautaire et développer l'intégration) et vers l'extérieur (organiser la coopération politique entre gouvernements en matière de politique étrangère). L'Acte unique européen en a consacré l'existence juridique en 1986, et le traité de Lisbonne lui a conféré le statut d'institution de l'Union (voir page 205).

Aujourd'hui prévu par l'article 15 du traité UE, le Conseil européen réunit le président de l'Union, qui le préside, les chefs d'État ou de gouvernement des États membres, le président de la Commission et le Haut Représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité[18]. Ils sont assistés chacun par un ministre et, en ce qui concerne le président de la Commission, par un membre de la Commission. Ils se réunissent au moins deux fois par semestre[19]. Tout en conservant la présidence tournante pour le Conseil de l'UE, le traité de Lisbonne a instauré pour le Conseil européen l'élection d'un président stable, qui ne peut exercer de mandat national, dans le but d'assurer une visibilité et une permanence à l'organe rassemblant les chefs d'État ou de gouvernement. Le président du Conseil européen dispose d'un mandat de deux ans et demi, renouvelable une fois. Le Polonais Donald Tusk a succédé en décembre 2014 au Belge Herman Van Rompuy, qui fut le premier à exercer la fonction.

« Le Conseil européen donne à l'Union », dit l'article 15, *« les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations politiques générales. »* Ce rôle est rappelé et largement développé par l'article 22 en ce qui concerne la politique étrangère et de sécurité commune. Dans ce domaine, le traité de Lisbonne instaure également un Haut Représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité[20] (l'Italienne Federica Mogherini a succédé à ce poste à la Britannique Catherine Ashton en novembre 2014), qui remplit les fonctions qu'exerçaient le Haut Représentant pour la politique étrangère et de sécurité commune et le commissaire européen pour les relations extérieures. Le Conseil européen constitue donc une **instance politique** essentielle de l'Union. Mais il est concurrencé par la tenue, ces dernières années, de réunions de plus en plus fréquentes des chefs d'État et de gouvernement de la zone euro.

Il a aussi des attributions importantes en matière économique, puisqu'il *« débat* (article 121 TFUE) *d'une conclusion sur les grandes orientations des politiques économiques des États membres et de l'Union »*, ou en matière d'emploi, puisqu'il *« adopte des conclusions à ce sujet »* (article 148 TFUE), après avoir examiné, chaque année, la situation de l'emploi dans l'Union. Ce pouvoir a trouvé en 2008-2009 une occasion de s'exercer dans la définition de mesures communes pour faire face à la crise économique et financière, en adoptant par exemple, en décembre 2008, un plan de relance sans précédent.

Au terme de chacune de ses réunions, le Conseil européen établit un rapport qu'il adresse au Parlement. Il lui incombe aussi de présenter chaque année un rapport écrit concernant les progrès réalisés par l'Union. Le Conseil européen n'a pas le pouvoir de prendre des décisions créant un effet juridique pour l'Union, et ses décisions ne relèvent pas de la compétence de la Cour de justice de l'UE. Pour devenir applicable, l'accord dégagé au Conseil européen par consensus doit généralement être consacré par une décision formelle, prise conformément aux dispositions du traité, par le Conseil de l'Union européenne qui est le seul à pouvoir édicter des actes juridiques.

5. Le retrait d'un État membre

Le retrait d'un État membre n'était pas prévu dans les traités initiaux[21] et n'a été envisagé qu'à l'occasion des discussions sur la préparation d'une Constitution européenne. Le traité de Lisbonne l'a finalement consacré en

17. Sauf en période de cohabitation, où la représentation est assurée conjointement par le président de la République et le Premier ministre, ce qui n'a pas toujours été sans difficultés.

18. À la différence des réunions de chefs d'État et de gouvernement appelées traditionnellement G8 et G20, ces réunions ne rassemblent bien entendu que les responsables des pays de l'UE.

19. Le Conseil européen de Séville, en 2002, a consacré cette périodicité et prévu que le Conseil puisse en outre se réunir, le cas échéant, en session extraordinaire.

20. Ce titre a été préféré à celui de ministre des Affaires étrangères pour ménager les susceptibilités nationales.

21. Jusqu'ici, seuls des « morceaux » d'États membres avaient quitté l'Union, tels l'Algérie en 1962 ou le Groenland en 1985.

reconnaissant, dans l'article 50 du TUE, le droit pour tout État membre de décider, dans le respect de ses dispositions constitutionnelles, de se retirer de l'Union. L'intention doit être notifiée au Conseil européen, à la suite de quoi des négociations s'ouvrent entre l'Union et l'État sécessionniste pour parvenir à un accord qui devra être accepté par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, après approbation du Parlement : les traités cessent d'être applicables à l'État concerné à partir de l'entrée en vigueur de l'accord ou, à défaut, deux ans après la notification mentionnée ci-dessus. En attendant, l'État sécessionniste ne participe plus ni aux délibérations ni aux décisions du Conseil européen ou du Conseil.

C'est cette situation de **retrait volontaire** qui est en train de se produire après le vote du « Brexit » lors du référendum britannique du 23 juin 2016[22]. Mais le gouvernement du Royaume-Uni, désormais dirigé par Theresa May, ne se montre pas très pressé d'enclencher le processus prévu. Il a annoncé qu'il attendrait le début de 2017 pour utiliser l'article 50 et envoyer la notification exigée. En se laissant imposer le calendrier souhaité par les Britanniques, l'Union accepte implicitement la prolongation d'une situation provisoire.

L'expulsion autoritaire d'un État membre n'est pas prévue par les traités, mais ils comportent cependant des dispositions ouvrant la possibilité d'une **suspension**, pour certains États, des droits liés à la qualité de membre de l'UE. Elles ont été introduites par le traité d'Amsterdam et figurent à l'article 7 du TUE et 354 du TFUE. Cette procédure n'a pas pu être utilisée en 1999, lors de l'arrivée au pouvoir d'un gouvernement auquel participait l'extrême-droite en Autriche. Si les autres pays européens craignaient des atteintes aux libertés fondamentales, ils n'ont finalement pas constaté de situation où ces craintes ont été avérées.

Le traité de Nice a donc modifié l'article 7 du TUE et ajouté, à la procédure **curative** évoquée ci-dessus, une procédure **préventive** : elle permet au Conseil, statuant à la majorité des 4/5e, après approbation du Parlement, d'adopter une proposition émanant soit du tiers des États membres, soit du Parlement, soit du Conseil constatant qu'il y a « *un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs énoncées à l'article 2* » (voir page 210). Le Conseil peut alors adresser des « recommandations » à l'État concerné. C'est cette procédure qui est en cours, en 2016, à l'égard de la Pologne (voir page 22).

En cas d'insuccès de la procédure préventive, l'État concerné encourt des sanctions. La violation grave des valeurs consacrées par les traités doit être constatée par le Conseil européen, statuant à l'unanimité, à l'initiative d'un tiers des États membres ou de la Commission. Après cette constatation, qui peut être contestée devant la Cour de justice de l'UE[23], le Conseil peut décider, à la majorité qualifiée, de suspendre certains des droits découlant du traité, tel le droit de vote du représentant de l'État incriminé au sein du Conseil.

L'application éventuelle de ces dispositions, qui ont un caractère très exceptionnel, se heurte bien évidemment aux résistances des États visés. La Hongrie et la Pologne, actuellement susceptibles d'être concernées, dénoncent à l'envi une ingérence dans leurs affaires internes, en feignant d'oublier que là n'est pas la question : il s'agit bien du respect de valeurs communes inextricablement liées à l'appartenance à l'Union et auxquelles elles ont souscrit en adhérant à celle-ci.

22. 51,83 % des électeurs ont voté pour le retrait de l'Union et 48,11 % pour le maintien. Les grandes villes, l'Écosse et l'Irlande du Nord ont soutenu le maintien, mais la grande majorité des régions anglaises et galloises se sont prononcées en faveur du retrait. Ces disparités provoquent des polémiques concernant le destin des régions minoritaires et, en particulier, de l'Écosse qui exprime une franche hostilité à toute perspective de quitter l'UE. Des débats difficiles portent aussi sur la situation de Gibraltar.

23. Celle-ci ne peut cependant contrôler que le respect de la procédure, et ne peut pas étendre son contrôle aux motifs invoqués par le Conseil.

Chapitre 3
Le Conseil de l'Union européenne (ou Conseil)

Le Conseil européen concurrence désormais celui de l'Union européenne dans la fonction de représentation des États membres qui avait été confiée à ce dernier aux origines des Communautés. Initialement, le pouvoir législatif était attribué pour l'essentiel au Conseil de l'UE (on l'appelait alors le « conseil des ministres »). Mais avec l'évolution de l'Union, le Parlement, qui n'était au départ qu'un simple forum de discussion, a vu son rôle se développer, au point d'obtenir, avec le traité de Nice, un statut analogue à celui du Conseil. Ce dernier reste cependant l'un des organes les plus importants de la construction européenne puisqu'il cumule plusieurs pouvoirs. Il ajoute en effet, aux fonctions législatives et budgétaires qu'il exerce seul ou en coopération avec le Parlement, une part du pouvoir exécutif.

1. La composition du Conseil

Selon l'article 16 TUE, le Conseil *« est composé d'un représentant de chaque État membre au niveau ministériel, habilité à engager le gouvernement de l'État membre qu'il représente »*. Dans sa formation normale, il est constitué par la réunion des ministres des Affaires étrangères ; c'est ce qu'on appelle le « Conseil des affaires générales ». Mais il ne s'agit pas d'une réunion de membres permanents, puisque les États membres peuvent y envoyer d'autres ministres, par exemple ceux de l'Agriculture, en fonction de l'ordre du jour fixé. La composition du Conseil pose ainsi un certain nombre de questions.

1. Les formations du Conseil

– D'une part, comme on vient de le dire, le Conseil peut siéger dans des **formations diverses**. Cette diversité résulte des différences dans les membres qui le composent, mais aussi dans la périodicité des réunions : certaines formations, comme celles qui rassemblent les ministres des Affaires étrangères[24] ou ceux des Finances, ou encore les ministres de l'Agriculture, se réunissent très régulièrement et à intervalles rapprochés (généralement un mois) ; d'autres n'ont que des réunions irrégulières et épisodiques.

Exceptionnellement, certaines réunions du Conseil, consacrées à des questions particulièrement importantes[25], se tiennent au niveau des chefs d'État ou de gouvernement[26]. Par ailleurs, des réunions « informelles » (séminaires, colloques…), qui ne peuvent se tenir qu'à condition de ne pas déboucher sur des décisions, doivent souvent être organisées à côté des réunions formelles.

Pour éviter une trop grande dispersion[27], on s'est efforcé d'organiser cette diversité et de limiter le nombre des formations possibles : selon l'article 236 TFUE, c'est au Conseil européen que reviendra le pouvoir d'établir la liste des formations du Conseil autres que celles expressément prévues par les traités (Affaires générales et Affaires étrangères).

Mais cela ne règle pas toutes les difficultés, car certaines questions recouvrent plusieurs champs sectoriels. Pour y remédier en partie, le Conseil des affaires générales s'est vu conférer un rôle important de coordination.

Cette diversité des formations, considérée comme purement technique, ne remet cependant pas en cause l'idée qu'il n'existe qu'un seul Conseil, disposant des mêmes pouvoirs quelle que soit la formation dans laquelle il siège. On admet, en particulier, que toute mesure relevant d'une formation déterminée puisse être adoptée par n'importe quelle autre formation[28].

– D'autre part, **tous les États membres peuvent ne pas siéger** à toutes les réunions du Conseil. Le traité UE a en effet élargi de façon importante les compétences du Conseil, en particulier dans les domaines de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, où il exerce seul les pouvoirs les plus importants. Or quelques États n'ont pas accepté de souscrire à certaines dispositions de ce traité : c'est, par exemple, le cas du Danemark, qui a toujours refusé de s'engager sur les questions de défense ou de participer à la mise en place de la monnaie unique.

24. Que le traité de Lisbonne mentionne à égalité avec le Conseil des affaires générales et à qui il attribue une place particulière en lui confiant la compétence d'élaborer l'action extérieure de l'Union selon les lignes stratégiques fixées par le Conseil européen.

25. Cela a été le cas, en particulier, pour la décision de passage à la monnaie unique.

26. Elles ne se confondent cependant pas avec les réunions du Conseil européen, dans la mesure où le président de la Commission n'y est qu'invité, alors qu'il participe aux réunions du Conseil européen.

27. On a, par exemple, constaté des contradictions entre la formation traitant de la politique agricole et celle traitant des questions budgétaires.

28. Il faut cependant pour cela que la question soit inscrite dans la partie A de l'ordre du jour. Celle-ci comporte les points pour lesquels l'approbation du Conseil sera donnée sans débat, par exemple parce qu'ils ont déjà reçu l'accord du Comité des représentants permanents (voir page 214).

Ils ne peuvent donc pas voter lorsque les questions sur lesquelles ils ont refusé de s'engager sont traitées.

– Enfin, en certains cas, ce ne sont **pas des membres des gouvernements centraux** qui siègent. Dans les États fédéraux, par exemple, certaines compétences sont dévolues aux entités fédérées, comme les *Länder* en Allemagne ou les régions en Belgique. C'est pour permettre à des représentants des gouvernements de ces entités fédérées de siéger éventuellement au Conseil, lorsque les affaires traitées relèvent de leur compétence, que le traité d'Amsterdam a supprimé l'exigence d'appartenance à un gouvernement central, en y substituant l'obligation pour chaque membre du Conseil d'être bien habilité à engager l'État qu'il représente. Mais en tout état de cause, ne peuvent siéger au Conseil avec droit de vote que des **représentants politiques**.

2. La présidence du Conseil

Traditionnellement, cette présidence était tournante. Chaque État membre l'assurait à tour de rôle, pour une durée de six mois[29] et occupait en même temps celle de l'Union. Le traité de Lisbonne dissocie désormais les deux présidences. Il instaure, au niveau du Conseil européen, une **présidence** de l'Union pour deux ans et demi. Mais il maintient le principe de la présidence tournante, avec des aménagements, en ce qui concerne le Conseil de l'UE, particulièrement pour les formations sectorielles ; sauf pour le comité des Affaires étrangères, qui est présidé par le Haut Représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité[30].

La présidence a la **responsabilité politique** générale de la gestion des activités du Conseil. C'est elle qui le convoque, à son initiative, ou à celle d'un de ses membres ou de la Commission, et qui établit, sur la base d'une programmation pluriannuelle décidée par le Conseil, le projet d'ordre du jour de sa session, adressé à ses membres et à la Commission quatorze jours au moins à l'avance. L'ordre du jour définitif est arrêté par le Conseil lui-même en début de session. Toute adjonction au projet de la présidence exige un vote à l'unanimité. Le président organise les travaux du Conseil et en dirige les débats. Il n'est tenu de faire procéder à un vote que dans le cas où celui-ci est décidé par la majorité du Conseil à la suite d'une demande d'un de ses membres ou de la Commission ; dans tous les autres cas, c'est à lui qu'il revient d'en décider. Il signe les actes arrêtés par le Conseil et représente ce dernier devant le Parlement européen.

Le rôle de la présidence a été renforcé, en particulier, après l'adoption du traité UE et la mise en place de la politique étrangère et de sécurité commune. C'est le président du Conseil européen qui assure la **représentation** de l'Union à l'extérieur et y exprime le point de vue de l'Union.

3. Les organes auxiliaires

a) Le Comité des représentants permanents

Le plus important des comités placés auprès du Conseil est le **Comité des représentants permanents** (COREPER), prévu par les articles 16 al. 7 TUE et 240 TFUE. Il est composé des représentants permanents des États membres auprès de l'Union. Il est d'abord chargé de préparer les travaux du Conseil : tous les points inscrits à l'ordre du jour d'une réunion du Conseil y font donc l'objet d'un premier examen à l'issue duquel il s'efforce de trouver un accord et, le cas échéant, de dégager des orientations, des options ou des propositions de solution. Ce rôle reste cependant purement préparatoire, car les décisions ne peuvent être prises que par le Conseil.

Il est aussi chargé d'exécuter les mandats qui lui sont confiés par le Conseil ; et, à l'occasion du traité de Maastricht, les instances européennes ont été encouragées par les États membres à réfléchir à l'articulation de ses travaux avec ceux du **Comité politique et de sécurité** (COPS, article 38 TUE), chargé de suivre la situation internationale et de contribuer à la définition des politiques dans le domaine de la PESC.

b) Le secrétariat général

L'organisation du secrétariat général, prévue par l'article 240 du TFUE, est décidée par le Conseil. Il est placé sous l'autorité d'un secrétaire général et d'un secrétaire général adjoint, tous deux nommés pour cinq ans par le Conseil, à la majorité qualifiée depuis l'entrée en vigueur du traité de Nice.

Le premier rôle du secrétariat général est d'organiser les réunions du Conseil et d'en établir les comptes rendus. Mais les fonctions du secrétaire général vont bien au-delà. D'abord, parce qu'aux côtés de présidents qui changent périodiquement, le secrétaire général bénéficie jusqu'ici de tous les avantages de la permanence. Collaborateur du Conseil, étroitement associé à tous ses travaux, il joue fréquemment un rôle discret, mais décisif, dans les négociations qui s'y déroulent et dans la recherche des propositions de solution qui les concluent. Le secrétaire général est, depuis juillet 2015, le Danois Jeppe Tranholm-Mikkelsen.

2. Le fonctionnement du Conseil

Le traité de Lisbonne (article 16 TUE) a prévu la division des sessions du Conseil en deux parties distinctes, l'une consacrée aux délibérations sur les actes législatifs (le Conseil siègera alors en public) et l'autre, non publique, consacrée aux activités non législatives du Conseil.

Selon l'article 16-3 du TUE, *« le Conseil statue à la majorité qualifiée, sauf dans les cas où les traités en disposent autrement »*. La majorité qualifiée devient donc le principe et les cas de vote à la majorité simple sont très rares : ils portent essentiellement sur les questions de procédure et

29. Fin 2016, la présidence est assurée par la Slovaquie. Suivront, dans l'ordre, Malte, l'Estonie, la Bulgarie et l'Autriche.

30. Le traité de Lisbonne instaure cependant la nécessité d'une coopération entre les trois États appelés à se suivre sur une période de 18 mois, pour faciliter la continuité.

l'adoption du règlement intérieur. Certaines décisions du Conseil doivent cependant être acquises à l'unanimité.

1. Les votes à l'unanimité

Les traités successifs ont restreint le champ d'application du vote à l'unanimité, mais il reste nécessaire dans **deux domaines** importants.

D'abord, sur les questions relatives à l'**organisation** et au **fonctionnement des institutions** européennes, qu'on appelle souvent le « domaine constitutionnel » : cela a concerné, par exemple, la définition de la procédure uniforme d'élection des membres du Parlement européen (voir page 218), ou certaines dispositions relatives à l'organisation de la Cour de justice, ou au régime linguistique des institutions de l'Union ou encore, après la ratification du traité de Lisbonne, la modification du nombre de membres de la Commission.

Dans certains cas, compte tenu de l'importance politique de certaines questions, les États membres ont souhaité pouvoir garder un **droit de veto**, par exemple pour des dispositions relatives à la politique étrangère, à la sécurité sociale, à l'harmonisation de la fiscalité indirecte, à l'environnement ou aux ressources de l'Union : la liste complète de ces domaines est donnée à l'article 192 TFUE.

2. Les votes à la majorité qualifiée

Dans la plupart des cas, l'adoption des décisions du Conseil se fait à la majorité qualifiée et les traités successifs ont constamment élargi le champ des décisions pour lesquelles l'unanimité n'est pas nécessaire[31]. Mais, même dans ce cas, les États membres recherchent toujours le **compromis** politique ; ils s'efforcent de parvenir à l'unanimité, en vertu de ce qu'on a appelé le « compromis de Luxembourg » qui avait mis fin, en 1966, à une grave crise entre la France et les autres pays membres (la « politique de la chaise vide » avait conduit la France à ne plus participer aux travaux des institutions communautaires pendant près de huit mois en raison de son désaccord sur la PAC).

Pour le vote des délibérations à la majorité qualifiée, les voix des États membres sont pondérées en fonction de critères politiques et démographiques : la répartition des voix a bien entendu évolué à l'occasion de chacun des élargissements successifs et l'équilibre a toujours été soigneusement dosé, de manière à éviter à la fois l'hégémonie des grands pays et la possibilité pour les petits pays d'imposer une décision contre la volonté de l'ensemble des grands. Le système n'a donc cessé de se complexifier au fur et à mesure de l'élargissement de l'Union.

Chaque État s'est ainsi vu attribuer un nombre de voix **proportionnel à son importance démographique**. Depuis l'entrée de la Croatie dans l'UE, en 2013, le nombre total de ces voix s'élève à 352. Les quatre plus grands pays (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni) disposent chacun de 29 voix, l'Espagne et la Pologne de 27, la Roumanie de 14, les Pays-Bas de 13, la Belgique, la République tchèque, la Grèce, la Hongrie et le Portugal de 12, l'Autriche, la Suède et la Bulgarie de 10, la Croatie, le Danemark, l'Irlande, la Lituanie, la Slovaquie et la Finlande de 7 et les petits pays de 3 (Malte) ou 4 (Chypre, Estonie, Lettonie, Luxembourg, Slovénie).

Depuis 2014, les règles de calcul de la majorité qualifiée ont été modifiées. L'adoption d'une décision exige désormais la **réunion de deux majorités**, en termes de population d'une part et de nombre d'États membres de l'autre. Il faut par conséquent obtenir le vote favorable de 55 % des membres du Conseil représentant au moins quinze d'entre eux et 65 % de la population. Les États représentant plus de 35 % de la population ne peuvent cependant bloquer une décision que s'ils sont au moins quatre. Diverses dispositions complexes protègent toutefois les droits de la minorité, en particulier celui pour un État de demander, jusqu'en mars 2017, le recours aux règles de calcul qui résultaient du traité de Nice. À partir d'avril 2017, cette possibilité doit disparaître, mais le seuil de déclenchement permettant le gel d'une décision sera abaissé à 55 % de la population et du nombre d'États.

3. Les attributions du Conseil

Selon l'article 16-1 TUE, *« Le Conseil exerce, conjointement avec le Parlement européen, les fonctions législative et budgétaire. Il exerce des fonctions de définition des politiques et de coordination conformément aux conditions prévues par les traités. »* Il dispose à cet égard de pouvoirs importants qui l'amènent à cumuler des fonctions législatives, exécutives et budgétaires.

1. En matière législative

Le Conseil exerce ses compétences avec la participation de la Commission et du Parlement. La procédure législative ordinaire consiste en un acte conjoint du Conseil et du Parlement pris sur proposition de la Commission (voir page 222). Lorsque la proposition de la Commission n'est pas nécessaire, dans certains cas spécifiques prévus par les traités, on est en face d'une procédure législative spéciale. Ordinaire ou spéciale, cette procédure conduit à l'adoption d'« actes législatifs », qui concernent des questions importantes pour l'application des traités (par exemple, les dispositions visant à faciliter la liberté de circulation et d'établissement des citoyens de l'Union, la détermination des modalités du droit de vote et de l'éligibilité des citoyens de l'Union aux élections municipales dans les États membres où ils résident, ou le contenu de la procédure uniforme pour l'élection du Parlement européen) et se répartissent en trois catégories : les règlements, les directives et les décisions[32].

31. Le traité de Lisbonne poursuit dans la voie de l'élargissement et étend le principe de la majorité qualifiée dans des domaines tels que la coopération judiciaire et policière, l'éducation ou la politique économique.

32. L'article 288 du TFUE mentionne en outre deux catégories d'actes non contraignants : les recommandations et les avis. Ces cinq catégories d'actes constituent ce qu'on appelle le **droit dérivé**.

Les effets juridiques des directives européennes en droit français

Traditionnellement, le Conseil d'État admettait, depuis un arrêt *Cohn-Bendit* de 1978, qu'une directive ne produisait pas d'effet juridique tant qu'elle n'avait pas été transposée et qu'un particulier ne pouvait pas invoquer les dispositions d'une directive pour contester la légalité d'une décision individuelle. Il considérait en effet que les directives ne posaient des obligations qu'à l'égard des États membres. Cette jurisprudence a été abandonnée dans un arrêt *Dame Perreux* en 2009[1].

Désormais, les dispositions des directives sont invocables par les justiciables à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif, même non réglementaire, lorsqu'elles produisent un effet direct. Tel est le cas quand une ou plusieurs dispositions d'une directive créent des droits ou des obligations au profit ou à la charge des États signataires et de leurs sujets, et qu'elles sont suffisamment précises et inconditionnelles pour être appliquées telles quelles, sans que des mesures nationales d'application soient nécessaires. Un acte administratif contraire à des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive est donc illégal.

Cette évolution résulte du fait que la transposition des directives européennes constitue une obligation constitutionnelle. On ne peut donc pas accepter que l'État, en ne transposant pas la directive, se dispense à la fois de cette obligation constitutionnelle et de l'accomplissement de ses obligations européennes. C'est pourquoi la Cour de justice des Communautés européennes (aujourd'hui Cour de justice de l'UE) a autorisé un particulier à invoquer devant elle les dispositions d'une directive, à deux conditions : qu'elle soit claire et précise et que l'État membre ne l'ait pas ou l'ait mal transposée alors que le délai de transposition a expiré.

De son côté, dans un arrêt *Cie Alitalia* de 1989, le Conseil d'État a admis qu'après l'expiration de ce délai, un particulier peut faire constater l'illégalité des dispositions d'un décret qui serait incompatible avec les objectifs d'une directive et obtenir l'annulation de ces dispositions, même si elles s'appuient sur celles d'une loi française et même si ce décret est antérieur à la date limite de transposition. L'application qui aurait été faite de ce décret est de nature à engager la responsabilité de l'État (arrêt *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France* de 1992).

Enfin, comme c'est le cas pour tous les traités, les dispositions de droit européen (traités originaires, règlements ou directives) ont une valeur supérieure à celle de la loi nationale. Doit donc être écartée l'application de toute disposition législative, même postérieure, qui serait contraire au droit de l'Union (arrêt *Nicolo* de 1989)[2].

1. Une magistrate, candidate à un poste de formateur à l'École nationale de la magistrature, avait vu sa candidature refusée. Elle attaqua ce refus en déclarant qu'il était dû à son activité syndicale et constituait une discrimination illégale : elle s'appuyait sur une directive non transposée qui exigeait des États membres qu'ils prévoient un dispositif adapté de charge de la preuve quand une discrimination était invoquée. Le Conseil d'État a jugé le recours recevable, mais il l'a rejeté parce que, la directive admettant une possibilité de dérogation, elle ne présentait pas un caractère inconditionnel et ne pouvait donc pas être invoquée par un particulier.

2. Voir page 111.

a) Les règlements

Ils ont une **portée générale** ; ils constituent en quelque sorte l'équivalent de la loi ordinaire en droit interne. Ils sont obligatoires dans tous leurs éléments et directement applicables dans tous les États membres (ils ne nécessitent des mesures nationales que pour leur mise en œuvre). Ils peuvent être invoqués par les particuliers devant les tribunaux, non seulement contre les autorités européennes, mais aussi contre chacun des États membres.

b) Les directives

Elles constituent une sorte de **loi d'orientation**, dans la mesure où elles se limitent à fixer un objectif, un résultat à atteindre, mais laissent aux États membres la liberté de décider sous quelle forme et de quelle manière ce résultat devra être atteint. Ceux-ci ont donc l'obligation de les **transposer** dans un délai fixé par chacune d'elles pour leur permettre de s'appliquer sur leur territoire. Ils devront en quelque sorte « traduire » la directive dans un acte national (loi ou règlement), en la précisant et en indiquant de quelle manière elle sera appliquée chez eux.

La différence entre directive et règlement, très forte dans l'esprit des traités, est de plus en plus gommée dans la pratique. Le législateur européen a en effet tendance à prendre des directives très détaillées pour éviter que les États membres ne défigurent ses intentions, et à leur laisser de moins en moins de liberté, tant en ce qui concerne le délai de transposition que le contenu des mesures à prendre.

c) Les décisions

Il faut enfin mentionner l'existence de décisions qui constituent, en quelque sorte, ce qu'on appellerait en droit interne des **actes collectifs** ou **individuels**. Elles ont un caractère obligatoire, mais ne sont applicables qu'aux destinataires (États membres, entreprises ou particuliers) qu'elles désignent nommément.

2. En matière exécutive

La distinction entre règlements et directives s'est progressivement affaiblie : les directives sont devenues de plus en plus précises et les règlements ont souvent besoin de mesures d'application ; et l'apparition d'actes de plus en plus divers a compliqué le paysage. Le traité de Lisbonne a donc réorganisé la classification des actes juridiques de l'Union autour d'une nouvelle hiérarchie des normes, en distinguant trois sortes d'actes : les actes législatifs, émis selon la matière concernée, par le Conseil seul, ou par le Conseil en codécision avec le Parlement (voir page 222) ; les actes délégués, pris par la Commission sous le contrôle du pouvoir législatif et qui complètent ou modifient les éléments non essentiels des actes législatifs ; les actes d'exécution.

Normalement, c'est aux États qu'il revient de prendre les actes d'exécution matérielle des actes européens. Mais certains d'entre eux peuvent nécessiter des mesures d'exécution prises au niveau de l'Union, pour éviter des distorsions ou des discriminations. Le Conseil peut, soit à titre exceptionnel prendre ces mesures lui-même, soit, ce qui est le cas général, en confier l'exécution à la Commission. Dans ce second cas, il peut soumettre l'action de la Commission

à certaines modalités, par exemple l'obligation pour elle de demander l'avis de comités constitués de représentants d'États membres. Ces comités, dits « de gestion » ou « de réglementation », sont de plus en plus nombreux (plus de 200) ; plusieurs tentatives de réforme de la procédure de « comitologie » ont été faites afin de limiter leur rôle dans le processus de décision.

3. En matière budgétaire

Le Conseil exerce des pouvoirs très importants même si, dans le domaine budgétaire également, ceux du Parlement ont été largement renforcés. C'est le Conseil qui, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement, arrête les dispositions relatives aux ressources propres de l'Union dont il recommande l'adoption par les États membres ; il statue dans ce cas à l'unanimité. Il joue donc un rôle essentiel dans le dispositif de fixation des recettes. Il détermine aussi, dans les mêmes conditions, le cadre financier pluriannuel qui établit pour cinq ans les perspectives de l'évolution des dépenses de l'Union, dans la limite de ses ressources propres.

Par ailleurs, il établit le projet de budget à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission, avant de le transmettre au Parlement. En cas de désaccord entre le Parlement et le Conseil, une navette s'instaure entre les deux institutions ; ses conditions sont fixées par l'article 314 du TFUE (voir pages 222-223) : elles donnent au Conseil des moyens importants pour résister aux initiatives parlementaires et exigent du Parlement, s'il veut avoir le dernier mot, des conditions de majorité particulièrement renforcées.

Chapitre 4
Le Parlement européen

C'est progressivement que l'assemblée européenne – devenue officiellement Parlement européen en 1986, avec l'Acte unique – a trouvé sa place dans les institutions contemporaines. L'une des étapes décisives de son évolution a été le changement de son mode de désignation avec l'adoption du principe du suffrage universel direct en 1976. Ce changement a facilité l'extension progressive de ses compétences et aidé à doter l'assemblée, qui était au départ exclusivement consultative, de pouvoirs de décision. D'autre part, le développement de la procédure de codécision, à partir du traité de Maastricht, l'a placée, sur toute une série de questions importantes (examen des accords d'adhésion ou de coopération, harmonisation des législations nationales…) en position plus favorable qu'auparavant par rapport aux autres organes de l'Union ; mais son rôle demeure inférieur à celui des Parlements nationaux.

1. L'élection du Parlement

L'Acte du 20 septembre 1976 portant élection des représentants à l'assemblée au suffrage universel se contente de fixer des règles minimales et laisse donc à chaque État le soin de déterminer les dispositions applicables à l'élection. Tout en réaffirmant le souhait de voir défini un système électoral uniforme, le traité d'Amsterdam, en raison des réticences manifestées par les États membres, n'exige que la définition de *« principes communs »*. En vertu de ce traité, la mise en place d'un système uniforme supposerait une décision identique du Parlement et du Conseil de l'UE et un vote favorable des Parlements nationaux.

Dans l'état actuel, les règles, applicables sur l'ensemble de l'Union, fixent le nombre de députés à élire[33], leur répartition entre les différents pays, ainsi que la durée de leur mandat (cinq ans). Elles imposent à chaque État membre le **suffrage universel direct**, libre et secret, et l'obligation de reconnaître, pour ces élections, le droit de vote et l'éligibilité à tout ressortissant d'un autre État membre de l'Union établi sur son territoire. Elles exigent que l'élection se tienne au cours de la même fin de semaine dans tous les pays membres. Elles fixent enfin, au niveau européen, le statut des partis politiques et les conditions de leur financement. Pour le reste, il appartient à chaque État membre de déterminer les conditions à remplir pour être électeur ou éligible, et de déterminer le mode de scrutin applicable sur son territoire. La question de l'uniformisation de la procédure électorale dans tous les États membres a donné lieu à bien des discussions et le traité de Lisbonne en réaffirme le principe, en prévoyant à terme ***« une procédure uniforme »*** ou ***« des principes communs »*** dans tous les États membres (article 223-1 TFUE).

Dans six États (Allemagne, Belgique, France, Irlande, Italie et Royaume-Uni), le territoire est découpé en plusieurs circonscriptions régionales ou interrégionales. La totalité des États membres[34] s'est ralliée au **scrutin de liste** (ces listes étant soit nationales, soit régionales) et à la représentation proportionnelle. Une douzaine d'États ont admis le vote préférentiel et la possibilité de panachage, cependant que les autres, dont la France, ont opté pour les listes bloquées. Certains États fixent une barre minimale à atteindre pour se voir attribuer des sièges (par exemple, 5 % des suffrages exprimés en Allemagne ou en France). Malgré l'utilisation du scrutin de liste, la répartition par sexe des élus au Parlement reste assez inégalitaire : en 2014, la proportion de femmes élues était de 36,4 % (10 % en Lituanie, 55 % en Suède, la France se situant à 36,4 %).

On reproche souvent à la construction européenne son déficit démocratique et on dénonce le caractère technocratique du fonctionnement de ses institutions. Ce reproche était largement lié au mode de désignation des organes politiques, où l'élection directe avait peu de part. Il y a été en partie remédié par l'élection au suffrage universel direct du Parlement. Mais, dans un contexte général de désaffection de l'opinion à l'égard de la vie politique, les élections européennes souffrent de handicaps encore plus importants que les autres. Les pouvoirs politiques du Parlement, malgré leur accroissement progressif, restent en effet limités ; son élection n'entraîne guère de conséquences sur la désignation des organes exécutifs, celle-ci restant, comme nous le verrons, très dépendante des autorités nationales. Dans ces conditions, le sens de l'élection n'apparaît pas clairement aux électeurs et l'élection du Parlement européen reste plutôt, dans chaque pays, un affrontement supplémentaire entre forces politiques nationales, fortement

33. Les élections de 2014 ont été les premières à être organisées selon le traité de Lisbonne (article 14 TUE). Le nombre des députés à élire était de 751, soit quinze de moins qu'en 2009. La répartition des sièges entre États membres obéit à un principe de « proportionnalité dégressive » : afin d'assurer une meilleure représentation aux petits États, les plus peuplés acceptent d'avoir moins de sièges que ceux qu'ils obtiendraient en proportion de leur population. L'Allemagne s'est vu attribuer 96 sièges, la France 74, l'Italie et le Royaume-Uni 73. Un seuil minimum est fixé à 6 sièges (Chypre, Estonie, Luxembourg et Malte).

34. En France, c'est la loi du 11 avril 2003 qui fixe les conditions de l'élection. Le territoire national est découpé en huit grandes circonscriptions, dont l'une correspond aux collectivités d'outre-mer, entre lesquelles les sièges à pourvoir sont répartis proportionnellement à leur population. Le vote a lieu au scrutin de liste, avec représentation proportionnelle, sans panachage ni vote préférentiel. Seules les listes ayant obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés ont droit à des représentants.

marqué par les enjeux politiques nationaux. On ne s'étonnera donc pas de l'importance du taux d'abstention qui les caractérise (57,4 % pour l'ensemble de l'Europe aux élections de mai 2014, l'écart allant de 87 % en Slovaquie à 10 % en Belgique et au Luxembourg, deux États qui ont institué le vote obligatoire ; la France se situait à 56 %).

2. L'organisation et le fonctionnement du Parlement

Le Parlement européen est élu pour cinq ans. Sa première élection au suffrage universel remonte au mois de juin 1979 et celle du Parlement actuellement en fonction à mai 2014. Aucune disposition des traités ne prévoyant une possibilité de dissolution du Parlement, celle-ci est donc interdite.

1. Le statut des parlementaires

Il est fixé en partie par des dispositions résultant de l'Acte du 20 septembre 1976 portant élection des représentants à l'Assemblée au suffrage universel direct. Dans le prolongement de cet Acte, le traité d'Amsterdam a consacré la compétence générale du Parlement européen pour fixer le statut et les conditions d'exercice des fonctions de ses membres. Il avait cependant enfermé cette compétence dans des contraintes importantes puisque, selon le principe de la codécision, son exercice suppose non seulement la consultation de la Commission, mais aussi l'accord du conseil des ministres statuant à l'unanimité ; la substitution à cette règle de celle de la majorité qualifiée, posée par le traité de Nice[35], n'a jusqu'ici pas facilité la solution du problème. Les États ayant eu du mal à s'entendre sur des règles communes, les dispositions de l'Acte doivent toujours être complétées par celles des droits nationaux, et le statut des députés européens résulte donc fréquemment d'un **régime mixte**.

Le statut est entré en vigueur en juillet 2009 et il est complété, depuis janvier 2012, par un code de conduite. Les dispositions de l'Union accordent aux députés européens un certain nombre d'avantages en matière de **rémunération** et d'**indemnisation**[36]. Elles leur reconnaissent des privilèges et des immunités, définis par un protocole annexé aux traités : facilités en matière douanière ou reconnaissance de la liberté de déplacement. C'est ainsi que, par un arrêt du 27 avril 1995 (affaire *Piermont*), la Cour européenne des droits de l'homme a condamné le gouvernement français pour avoir expulsé une parlementaire européenne de nationalité allemande qui avait participé, en Polynésie, à une manifestation indépendantiste et antinucléaire.

Les affaires Tapie et Le Pen

– En juillet 1996, Bernard Tapie est déclaré en liquidation judiciaire personnelle. Ceci entraîne *ipso facto*, selon la loi française, son inéligibilité et donc la déchéance de son mandat de député européen. Celle-ci est cependant contestée par l'intéressé en vertu de deux arguments : l'atteinte à l'indépendance du Parlement européen, et le fait que cette inéligibilité est critiquable, du fait qu'elle constitue une conséquence automatique d'une condamnation antérieure et ne résulte pas d'une décision judiciaire spécifique. Bernard Tapie dépose donc un recours devant le Conseil d'État contre le décret du 30 octobre 1996 portant déchéance de son mandat européen. Le Conseil d'État rappelle, dans son arrêt du 10 janvier 1997, que tant qu'une procédure électorale uniforme ne sera pas mise en vigueur, il appartient bien aux États membres de définir les modalités d'élection de leurs représentants au Parlement européen. Tout ce qui n'est pas fixé par l'Acte de 1976 reste de la compétence nationale ; c'est donc aux États membres de constater que l'un de leurs représentants au Parlement européen est atteint par une cause d'inéligibilité mettant fin à son mandat. La loi française de 1985 disposant qu'un failli ne peut exercer une fonction publique élective est bien applicable au mandat de député européen et le recours doit être rejeté. Le 22 janvier 1997, le Parlement européen a mis fin au mandat de Bernard Tapie, mais a demandé à la Commission de proposer des mesures pour remédier aux lacunes et ambiguïtés de l'Acte de 1976.

– En 2000, Jean-Marie Le Pen est poursuivi devant la justice française en raison de sa participation à des incidents violents survenus dans une commune de la banlieue parisienne. À la suite de sa condamnation par un tribunal correctionnel, sa déchéance a été prononcée par décret conformément aux dispositions de la loi française du 7 juillet 1977 sur l'organisation de l'élection des députés au Parlement européen. Saisi d'un recours contre ce décret, le Conseil d'État l'a rejeté le 6 octobre 2000. Il a estimé que c'est au gouvernement national de signifier au Parlement européen la vacance d'un siège, celle-ci ne pouvant résulter, en l'absence de dispositions communautaires uniformes, que de dispositions nationales.

Les parlementaires européens bénéficient d'une **irresponsabilité** pour toutes les opinions et tous les votes qu'ils sont appelés à émettre à l'occasion des travaux du Parlement, ainsi que d'une **immunité parlementaire** largement calquée sur celle qu'on rencontre dans les systèmes nationaux, mais applicable sur l'ensemble du territoire de l'Union. Le Parlement étant considéré comme siégeant toute l'année, cette immunité est permanente. Elle cède cependant en cas de flagrant délit, et peut être levée par le Parlement suite à la demande d'un État membre. En principe, la levée de l'immunité ne vise que les infractions de droit commun, à l'exclusion des infractions à connotation politique. Elle a cependant été accordée à l'encontre de Jean-Marie Le Pen (alors président du Front national, voir encadré ci-dessus), poursuivi par la France pour des propos tombant sous le coup de la loi et considérés comme n'ayant aucun lien direct avec son mandat. Normalement, la demande doit émaner des autorités gouvernementales de l'État membre et non d'une instance judiciaire, comme l'a montré en 2000 le cas de Silvio Berlusconi, que l'Espagne souhaitait poursuivre du chef de certaines infractions économiques.

35. Sauf en ce qui concerne le régime fiscal des députés et des anciens députés, qui exige toujours l'unanimité.

36. Les eurodéputés perçoivent un traitement identique de 6200 euros nets mensuels, desquels sont déduits l'impôt européen et une cotisation accident et auxquels s'ajoutent diverses indemnités. Il est financé par le budget de l'Union.

Le régime des **incompatibilités** est fixé en partie par des dispositions de l'Union. Celles-ci interdisent, par exemple, le cumul entre le mandat européen et la participation aux autres institutions européennes (Commission, Cour de justice, Cour des comptes…) ou l'exercice de fonctions publiques au sein de l'administration de l'UE. Dans la même logique, le cumul avec l'appartenance à un gouvernement national est impossible, puisque celle-ci donne vocation à participer aux réunions du Conseil de l'Union européenne. Depuis 2002, le cumul avec un mandat parlementaire national est en principe interdit. Ce régime peut être complété par des dispositions nationales : en France, deux lois du 14 février 2014 interdisent tout cumul du mandat européen avec des fonctions exécutives locales.

Les textes européens définissent la notion de conflit d'intérêts et imposent aux députés une déclaration d'intérêts financiers. Des sanctions, allant de la réprimande à la suspension temporaire de l'allocation journalière, sont prévues. Un comité consultatif de cinq membres, nommés par le président « dans un souci d'équilibre politique », est chargé d'orienter les députés dans l'interprétation et l'application de ce statut.

C'est au Parlement qu'il revient de vérifier les pouvoirs des députés élus. Mais le régime des **inéligibilités** résulte essentiellement de dispositions nationales. Cela a parfois soulevé des difficultés juridiques, bien mises en évidence il y a quelques années dans les affaires Tapie et Le Pen.

Depuis 2002, la déchéance d'un mandat européen en vertu de la loi nationale prend effet automatiquement et le Parlement européen est simplement informé de cette déchéance.

2. Les sessions du Parlement

L'article 229 TFUE confère au Parlement une totale maîtrise sur l'organisation et la durée de ses sessions. Il se réunit de plein droit le deuxième mardi de mars et il fixe sans contrainte la fréquence et la durée de ses sessions normales (en général, dix jours chaque mois). Celles-ci se tiennent à Strasbourg, ce qui n'a pas été sans soulever des débats par le passé, compte tenu de la distance que cela crée entre le lieu des activités de l'exécutif (Bruxelles) et celui des travaux du Parlement. Les sessions *normales* peuvent, le cas échéant, être entrecoupées de réunions plus brèves se tenant généralement à Bruxelles. Enfin, des sessions *extraordinaires* peuvent être réunies à la demande de la majorité des députés, du Conseil ou de la Commission.

3. Les organes et les formations du Parlement

Le Parlement a toute latitude pour déterminer son organisation interne, qui obéit à un schéma classique : un président assisté de vice-présidents, une conférence des présidents, des commissions et des groupes politiques.

a) La présidence

Le **président**, chargé de diriger les travaux du Parlement, est élu pour deux ans et demi[37] par le Parlement siégeant en séance plénière, mais l'élection résulte souvent d'un accord préalable entre les grands groupes parlementaires. Depuis janvier 2012, le président du Parlement est le social-démocrate allemand Martin Schulz, réélu en 2014. Son élection exige la majorité absolue des suffrages exprimés aux trois premiers tours de scrutin ; seuls les deux candidats ayant obtenu le plus grand nombre de voix au troisième tour peuvent se présenter au quatrième. Les quatorze **vice-présidents** sont élus au scrutin uninominal, pour la même durée, à la majorité absolue des suffrages exprimés lors des deux premiers tours de scrutin, la majorité relative suffisant au troisième. La réunion du président et des vice-présidents constitue le **bureau**, dont la fonction principale est de préparer les séances et de veiller à la bonne organisation administrative et financière du Parlement. L'élection de ce bureau s'efforce de respecter un équilibre entre tendances politiques et États membres.

La réunion du président du Parlement et des présidents de groupes politiques constitue la **Conférence des présidents**. Elle établit l'ordre du jour des sessions, détermine l'organisation des commissions et des délégations (voir ci-dessous) et peut, pour l'exercice de ces fonctions, recevoir des recommandations de la part soit de la conférence des présidents de commission (réunion des présidents des commissions permanentes ou temporaires), soit de la commission des présidents de délégations. Elle est, en outre, de façon générale, en charge des relations avec les autres organes de l'Union et les Parlements nationaux.

b) Les groupes politiques

Les groupes politiques réunissent les députés par **affinités**. En 1999, le Parlement a empêché la constitution d'un groupe commun entre parlementaires d'extrême-droite et radicaux italiens, précisément en raison de l'absence d'affinités politiques entre ces deux tendances. Les groupes doivent présenter un caractère multinational et comporter au moins 25 membres, élus dans au moins un quart des États membres. En 2016, le nombre de groupes politiques au Parlement s'élève à huit. 15 députés sont par ailleurs non inscrits.

Constitue un **parti**, au niveau européen, un parti ou une alliance de partis qui, dans au moins un quart des États, sont représentés (par des élus au Parlement européen ou dans les Parlements nationaux ou régionaux) ou ont obtenu au moins 3 % des suffrages exprimés dans au moins un quart des États membres lors des dernières élections européennes. Un **statut des partis** politiques européens, voté par le Conseil en codécision avec le Parlement, a été adopté en 2003. Il fixe en particulier les conditions dans lesquelles les partis politiques, financés à hauteur de 75 % par l'Union, peuvent accepter des fonds privés[38].

Les groupes disposent de prérogatives importantes dans le déroulement de la procédure parlementaire, dont ne

37. Donc la moitié du mandat du Parlement.

38. Quinze partis politiques ont bénéficié d'un financement de l'Union en 2015.

bénéficient pas les députés non inscrits : par exemple, pour la répartition des temps de parole, la possibilité d'organiser des débats d'actualité ou la gestion des incidents de procédure (renvoi en commission, suspension ou levée des séances…).

c) Les commissions et les délégations

Les commissions peuvent être **permanentes** ou **temporaires**. Les premières sont prévues par le règlement intérieur du Parlement ; au nombre de vingt, elles sont dirigées par un bureau et composées de membres élus pour une durée de deux ans et demi ; leur compétence est définie par le Parlement et elle commande la répartition des travaux entre elles. Les secondes sont constituées librement par le Parlement, qui fixe leur composition et leurs attributions, ainsi que la durée de leur mandat, celle-ci ne pouvant excéder douze mois. Ces commissions doivent refléter au maximum la composition du Parlement, et leurs séances sont en principe publiques.

En outre, des **délégations** permanentes assurent la liaison avec les Parlements des États non-membres de l'UE et avec les organisations internationales.

Le Parlement peut aussi constituer des commissions **d'enquête**. Le traité de Maastricht, par lequel elles ont été officialisées, les a prévues en cas d'accusations de mauvaise administration ou d'infraction au droit de l'Union (voir page 224). En 1996, par exemple, le Parlement avait créé une commission d'enquête sur la question de la « vache folle ». En janvier 2015, les Verts ont obtenu le soutien de 188 députés (soit 25 % du Parlement) pour la création d'une commission d'enquête sur l'évasion fiscale en Europe.

3. Les pouvoirs du Parlement

Ils se développent progressivement dans les trois directions qui caractérisent classiquement les attributions des assemblées dans les régimes parlementaires – en matière législative, budgétaire et de contrôle de l'exécutif.

1. Les attributions législatives

Elles n'étaient pas prévues dans l'organisation initiale, qui ne reconnaissait à l'assemblée européenne qu'un pouvoir consultatif. Il ne faut en effet jamais oublier que la construction européenne résulte d'abandons progressifs de souveraineté de la part des États membres : on comprend donc les raisons pour lesquelles ceux-ci avaient d'abord réservé au Conseil de l'UE l'exercice de la fonction législative, puisque c'est dans cet organe qu'ils sont représentés en tant que tels et que c'était lui qui, jusqu'à la création du Conseil européen, constituait le lieu essentiel des négociations. Les attributions législatives du Parlement ne se sont développées que progressivement, par son association croissante au processus de décision législative, et elles restent en deçà des prérogatives d'une assemblée nationale en régime parlementaire « ordinaire ». Dans les dix dernières années, la part des décisions non contraignantes n'a cessé de décliner et celle des règlements et des directives a crû de quinze points.

Ainsi, le Parlement européen ne dispose pas du pouvoir d'initiative en matière législative, celui-ci étant, de façon générale, réservé à la Commission et, à titre exceptionnel, au Conseil sur proposition des États membres. La Commission s'est, de façon constante, déclarée hostile à toute évolution des pouvoirs du Parlement en ce sens. L'article 225 TFUE confère au Parlement un **pouvoir d'initiative indirect** en lui permettant, *« à la majorité des membres qui le composent, [de] demander à la Commission de soumettre toute proposition appropriée sur les questions qui lui paraissent nécessiter l'élaboration d'un acte de l'Union pour la mise en œuvre des traités »*. Mais cette proposition ne lie en rien la Commission.

De la même manière, le Parlement européen ne dispose guère de pouvoirs autonomes en matière législative. Les traités successifs, notamment ceux de Maastricht, d'Amsterdam et de Nice, ont développé des principes de collaboration entre lui et le Conseil, en renforçant progressivement son influence. Il en résulte des procédures qui sont souvent compliquées, dans la mesure où elles imbriquent étroitement les compétences des différents organes de l'Union. L'évolution va pourtant dans un sens unique : de la consultation à la codécision, le rôle du Parlement s'est constamment accru[39] et le traité de Lisbonne poursuit encore cette évolution.

a) La consultation

La procédure de consultation constitue une procédure législative **spéciale, qui impose l'avis du Parlement** sur les propositions de la Commission avant que le Conseil ne tranche. Elle a d'abord été fortement élargie, tant par l'évolution des traités que par la pratique.

À l'origine, le traité de Rome avait rendu obligatoire la consultation du Parlement avant toute décision du Conseil dans un certain nombre d'hypothèses devenues, au fil du temps, de plus en plus nombreuses. Il s'agissait cependant d'un simple avis : le Conseil était donc libre d'en tenir ou de ne pas en tenir compte, en tout ou partie. Par la suite, dans la pratique, la Commission comme le Conseil ont accepté que la procédure de consultation soit utilisée à propos de toute question importante.

À partir de mars 1975, en application d'une déclaration commune des trois institutions communautaires, la procédure de consultation a connu un prolongement important avec la mise en place de possibilités de concertation entre le Conseil et le Parlement. Très liée à l'augmentation des **pouvoirs budgétaires** du Parlement, décidée à la même période, elle était soumise à un certain nombre de conditions tenant à la nature des décisions en cause, puisqu'elle n'était susceptible de s'appliquer qu'*« aux actes communautaires importants qui ont des incidences financières*

39. C'est ainsi que le Parlement a préconisé, le 25 octobre 2011, à une écrasante majorité, la création d'une commission « antimafia » et d'un procureur chargé de coordonner la lutte contre les activités de celle-ci ; il a également proposé une série de mesures telles que la confiscation du patrimoine des intéressés ainsi que de leurs prête-noms.

notables et dont l'adoption n'est pas imposée par des actes préexistants ».

La consultation doit être effective et son absence entraîne la nullité de l'acte législatif, qui peut être constatée par la Cour de Justice. L'avis du Parlement ne lie pas le Conseil mais, si celui-ci modifie substantiellement le texte proposé par le Parlement, il doit consulter à nouveau ce dernier avant de se décider. Cependant, la procédure de consultation a perdu beaucoup de son importance avec le développement de la *codécision* et, depuis le traité de Lisbonne, elle est devenue largement résiduelle, réservée aux seuls cas où un article du TFUE l'impose expressément.

b) La procédure législative ordinaire (codécision)

Prévue par l'article 294 TFUE, cette procédure a été fortement développée par les traités successifs et celui de Nice, puis celui de Lisbonne en font désormais la **procédure législative ordinaire**, applicable chaque fois qu'une procédure différente n'est pas expressément prévue. Elle renforce considérablement les pouvoirs du Parlement en le mettant sur un pied d'égalité avec le Conseil, au point que certains auteurs ont pu parler d'une structure se rapprochant du « bicaméralisme », Parlement et Conseil constituant les deux organes législatifs, et le Parlement n'hésitant pas à modifier le texte des actes adoptés par le Conseil[40].

Là encore, la procédure législative ordinaire commence par une proposition de la Commission. Cette proposition est adressée simultanément au Conseil, qui se prononce dans les conditions habituelles, et au Parlement, qui arrête sa position. Si le Parlement amende la proposition de la Commission, trois cas peuvent se présenter.

– Ou bien, à l'issue de la première lecture, le Conseil reprend tous les amendements apportés par le Parlement à la proposition de la Commission, sans en ajouter d'autres : l'acte est alors considéré comme adopté.

– Ou bien le Conseil est en désaccord avec les amendements parlementaires et/ou il estime que ceux-ci ne sont pas suffisants : il adopte alors une position qui est transmise au Parlement en vue d'une seconde lecture. Le Parlement a trois mois pour se prononcer. Il peut rejeter la position commune, à la majorité des membres qui le composent, ce qui équivaut à un rejet du texte. Il peut aussi, dans ce délai, approuver la position du Conseil ou ne pas se prononcer sur elle. Dans ces deux cas, le texte est réputé adopté conformément à la position du Conseil.

– Ou bien le Parlement adopte, sur proposition d'une commission parlementaire, d'un groupe politique ou de 32 parlementaires, à la majorité absolue de ses membres, des amendements à la position du Conseil. Ces amendements, en vertu du règlement du Parlement, ne peuvent pas revenir sur des points ayant fait l'objet d'un accord avec le Conseil au cours de la procédure antérieure. Le texte amendé est transmis au Conseil et à la Commission, et celle-ci donne son avis.

Le Conseil peut, dans un délai de trois mois, approuver ces amendements à la majorité qualifiée s'ils ont reçu un avis favorable de la Commission : le texte est alors adopté (c'est ce qui se passe dans la moitié des cas environ). Mais s'il les rejette en tout ou partie, le président du Conseil convoque, dans les six semaines, en accord avec le président du Parlement, un Comité de conciliation paritaire (autant de parlementaires que de membres du Conseil) qui recherche un accord sur les points en litige. Si un accord est trouvé au plus tard dans les six semaines suivant la première réunion du Comité, le texte est soumis au Conseil qui doit l'approuver à la majorité qualifiée, et au Parlement qui doit le voter à la majorité des suffrages exprimés. Les deux institutions disposent d'un nouveau délai de six semaines pour ce faire. Si un accord n'est pas trouvé ou si, après accord, celui-ci est rejeté par une des deux instances, le texte est définitivement rejeté.

La procédure législative ordinaire suppose une négociation permanente entre le Conseil et le Parlement, chacun d'eux ayant le pouvoir de faire obstacle à l'adoption du texte. Elle exige aussi leur coopération étroite avec la Commission. Malgré sa lourdeur, elle est efficace, puisque depuis le traité d'Amsterdam, elle n'a connu qu'un échec.

La procédure d'**approbation** est très proche de la précédente. Elle a été introduite par le traité de Maastricht et développée par les traités ultérieurs. Dans ce cas, le Parlement et le Conseil doivent adopter, dès la première lecture, un texte identique et aucun des deux n'a le pouvoir d'amender le texte de l'autre. Il faut ainsi un avis conforme du Parlement pour que le Conseil, réuni au niveau des chefs d'État ou de gouvernement, constate l'existence d'une violation grave et persistante des principes de l'Union par un État membre, ou se prononce sur l'adhésion d'un nouvel État, ou conclue un accord d'association. En cas de désaccord persistant entre le Conseil et le Parlement, la procédure est bloquée.

2. Les compétences budgétaires

Comme tous les Parlements en régime démocratique, le Parlement européen dispose de pouvoirs budgétaires. Selon les principes classiques, un budget prévoit des recettes et des dépenses. En 1970, il a été décidé, puis inscrit dans l'article 269 du TCE, que les premières proviendraient de **ressources propres** (par exemple, des droits de douane ou des prélèvements sur la TVA) et non plus de contributions financières des États membres.

Le budget voté en décembre 2013 par les chefs d'État et de gouvernement pour la **période 2014-2020** s'élève à 960 milliards d'euros de crédits d'engagement, en baisse de 35 milliards par rapport à celui de la période 2007-2013. La chute est particulièrement spectaculaire pour les crédits d'aide aux organisations humanitaires prenant soin des personnes les plus démunies (- 30 %).

En matière de **vote annuel du budget**, les pouvoirs du Parlement ont été élargis à partir du traité de Bruxelles conclu en 1975 pour en faire le codétenteur du pouvoir budgétaire, concurremment avec le Conseil. L'examen

40. L'exemple le plus célèbre a été celui de la directive sur la libre circulation des services dans le marché intérieur, dite « directive Bolkestein », réglementant les conditions dans lesquelles un prestataire de services d'un État membre peut opérer dans un autre État membre. Le texte du Parlement soumet l'activité de ce prestataire à la législation du pays d'accueil, contrairement au projet initial qui la soumettait au droit du pays d'origine.

se déroule selon une procédure législative spéciale, que le traité de Lisbonne a simplifiée et raccourcie dans l'article 314 TFUE. Cette nouvelle procédure renforce les pouvoirs du Parlement, qui peut désormais imposer son point de vue au Conseil.

C'est la Commission qui établit le projet de budget, qu'elle propose au Conseil et au Parlement. Le Conseil, saisi du projet, adopte une position et la transmet au Parlement, au plus tard le 1er octobre, en indiquant les raisons qui la fondent. **Deux hypothèses** peuvent se présenter :
– le Parlement approuve le projet sans l'amender, ou bien il ne se prononce pas dans les quarante-deux jours suivant son dépôt : le budget est alors définitivement adopté ;
– le Parlement adopte, dans le même délai, des amendements au projet, à la majorité des membres le composant, ou bien il propose des modifications concernant le montant des dépenses obligatoires découlant du traité. En renvoyant le projet amendé ou assorti de propositions de modifications au Conseil et à la Commission, le président du Parlement, en accord avec celui du Conseil, convoque un comité paritaire de conciliation ; celui-ci se réunira en présence de la Commission sauf si, dans un délai de dix jours, le Conseil accepte les propositions d'amendements parlementaires sans les modifier. Dans ce cas, le budget est définitivement arrêté par le président du Parlement.

Si le désaccord persiste, le comité de conciliation doit parvenir à un accord sur un projet commun dans un délai de vingt et un jours. Sinon, un nouveau projet devra être proposé par la Commission. Si l'accord se fait sur ce projet, il est présenté au Parlement et au Conseil qui disposent d'un délai de quatorze jours pour l'approuver.

Si le projet commun est approuvé par les deux institutions[41], le budget est réputé définitivement adopté. Si les deux institutions le refusent, un nouveau projet doit être proposé par la Commission. Si le Parlement le rejette, elle devra proposer un troisième projet, même si le projet commun a été approuvé par le Conseil. Enfin, si le Parlement approuve le projet commun tandis que le Conseil le rejette, c'est le Parlement qui se voit donner le dernier mot : il peut décider, à la majorité des membres qui le composent et des trois cinquièmes des suffrages exprimés, de confirmer la totalité des amendements qu'il a apportés au projet du Conseil en première lecture. S'il n'en confirme pas certains, ils seront remplacés par ceux qui ont été adoptés au comité de conciliation. Le président du Parlement constatera alors l'adoption définitive du budget.

L'année 2013 a montré les difficultés rencontrées pour assurer l'équilibre entre les divers organes européens. En effet, dès l'annonce de l'accord péniblement obtenu à l'occasion de la réunion des chefs d'État et de gouvernement sur le budget de l'UE, en février 2013, les présidents des quatre principaux groupes politiques du Parlement ont annoncé leur intention de ne pas voter ce projet en l'état. Des négociations budgétaires assez longues, révélatrices de la montée en puissance du Parlement, ont finalement permis l'adoption de deux budgets rectificatifs au cours de l'année 2013, pour assurer la régularisation des impayés des années précédentes. Mais le projet de budget pour la période 2014-2020 n'était toujours pas adopté fin octobre 2013 : la Commission a, en outre, forcé la main du Parlement en lui faisant voter un budget rectificatif de 3 milliards d'euros pour éviter à l'Union de connaître une situation de paralysie et de blocage de tous les services européens, à l'instar de ce que les États-Unis ont connu en 1998 ou en octobre 2013 *(shutdown).*

41. Ou si les deux, ou l'une d'entre elles, ne parviennent pas à statuer.

3. Les compétences de contrôle de l'exécutif

Là encore, l'évolution est constamment allée dans le sens d'un renforcement des prérogatives parlementaires. Les traités initiaux imposaient à la Commission de répondre oralement ou par écrit aux questions posées par le Parlement ou par ses membres. Elle devait, en outre, lui soumettre chaque année un rapport général d'activité ; enfin, le Parlement disposait d'un pouvoir de censure de la Commission. Les modifications des traités ont accru et développé les pouvoirs du Parlement en la matière.

a) Les moyens d'information du Parlement

Le Parlement peut poser des questions, recevoir des rapports ainsi que des pétitions, et constituer des commissions d'enquête.

- **Les questions**

Prévues par l'article 230 TFUE, elles sont **écrites** ou **orales**. Les questions orales, adressées à la Commission ou au Conseil, peuvent être posées par une commission du Parlement, un groupe politique ou 32 députés, et porter sur les domaines des trois anciens piliers de l'intégration européenne. Saisie par le président du Parlement qui en est le premier destinataire, la Conférence des présidents décide de celles qui viendront en séance et de l'ordre dans lequel elles seront discutées. Un représentant des auteurs de la question pourra s'exprimer pendant cinq minutes. Les questions et les réponses seront publiées dans le compte rendu des débats.

Le Parlement peut aussi décider, sur proposition de la Conférence des présidents, de réserver un laps de temps à certaines questions adressées au Conseil ou à la Commission. Cette *heure des questions*, instituée en 1973, présente certaines particularités : les questions peuvent être posées peu de temps avant la séance ; c'est au président de décider quelles questions seront examinées et dans quel ordre ; chaque parlementaire ne peut poser qu'une seule question par session.

Enfin, certaines questions orales peuvent donner lieu à des **débats d'actualité**. Demandé par une commission, un groupe politique ou 32 députés, accepté par la Conférence des présidents, le débat se termine par le vote d'une résolution.

Les questions écrites peuvent être posées au Conseil ou à la Commission par tout député. Transmises par le président, elles doivent en principe recevoir une réponse dans un délai de trois à six semaines. Elles sont publiées, avec les réponses apportées, au *Journal officiel de l'Union européenne*.

- **Les rapports et les pétitions**

Les **rapports** sont présentés au Parlement par les institutions de l'Union. Au rapport général annuel imposé à la Commission par les traités initiaux, les traités ultérieurs ont ajouté de nombreux rapports spécifiques, soit comme comptes rendus de toutes les étapes importantes de la construction européenne (rapport de chaque présidence du Conseil en fin d'exercice ou à l'occasion de chaque Conseil européen, par exemple), soit pour rendre compte de l'état d'avancement de dossiers sectoriels.

Les **pétitions**, instituées au départ par le seul règlement du Parlement, sont désormais réglementées par l'article 227 TFUE. Elles peuvent être présentées par tout citoyen de l'Union ou par toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège dans un des États membres, à condition qu'ils soient directement concernés par la pétition ; les pétitions ne peuvent pas être anonymes et doivent concerner *« un sujet relevant des domaines d'activité de l'Union ».* Transmises par le Président, après examen de leur recevabilité formelle, à la commission compétente, elles sont examinées par celle-ci qui peut en tirer un projet de résolution soumis au Parlement.

Lorsqu'elles dénoncent un cas de « maladministration », les pétitions peuvent être transmises pour examen au **Médiateur européen** (voir page 228). L'activité du Médiateur européen donne lieu chaque année à un rapport global au Parlement, qui constitue pour ce dernier une source importante d'information.

Le Parlement peut organiser des débats sur les points soulevés dans les rapports et pétitions. Il peut aussi en tirer des projets de résolutions par lesquelles il exprime son souhait de peser sur les orientations politiques de l'Union.

- **Les commissions temporaires d'enquête**

Créées au départ par le règlement du Parlement, elles sont désormais prévues par l'article 226 TFUE. Elles peuvent être constituées à la demande du quart des membres du Parlement pour examiner les allégations d'infraction ou de mauvaise interprétation dans l'application du droit européen, ce qui exclut la politique étrangère et de sécurité commune ou la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Pour éviter tout débordement, les traités prévoient que les modalités d'exercice de ce droit d'enquête sont déterminées d'un commun accord par le Parlement, le Conseil et la Commission. Il s'exerce dans le cadre de l'accomplissement de ses missions par le Parlement et ne peut porter sur des faits faisant l'objet d'une procédure juridictionnelle. Ces commissions d'enquête sont temporaires : leur mandat, en principe de douze mois, ne peut en excéder dix-huit.

La création de commissions d'enquête s'accompagne donc de nombreuses précautions, ce qui explique que le Parlement n'ait pas souvent utilisé cette possibilité : il n'en existe en effet que trois exemples, dont l'un concerne le problème de la « vache folle » et un autre la compagnie d'assurances « Equitable Life ». La plupart du temps, il recourt à des solutions plus souples, comme dans l'affaire de la commission Santer (voir encadré ci-contre), où il a préféré mettre en place, avec la coopération des autres instances de l'Union, un comité d'experts indépendants.

b) Les effets du contrôle

Ce sont des moyens classiques d'influence d'un Parlement sur l'exécutif. Il peut, par exemple, s'agir du refus d'un projet de budget, qui prive *a priori* l'exécutif de ses moyens d'action. Mais l'article 319 TFUE confère aussi au Parlement la compétence *a posteriori* de donner décharge des décisions de gestion au niveau de l'exécution du budget : le Parlement peut donc s'en servir pour faire pression sur la Commission en retardant cette décharge, ou en menaçant de la refuser, voire, comme cela est arrivé en 1984 pour l'exercice 1982, puis en 1998 pour l'exercice 1996, en la refusant. Il ne s'agit que d'une sanction morale, le refus de décharge n'entraînant pas la « chute » de la Commission ; mais elle peut être indirectement efficace et amener la Commission à infléchir son action.

Plus radicale est, en revanche, la possibilité pour le Parlement de **censurer la Commission**. Prévue dès l'origine, elle est désormais inscrite dans l'article 234 TFUE. Selon le règlement intérieur du Parlement, la motion de censure doit être déposée par au moins un dixième de ses membres. Le Parlement ne peut se prononcer, par un scrutin public, que trois jours au moins après ce dépôt, et le vote de la censure exige une majorité qualifiée (deux tiers des suffrages exprimés à la majorité des membres du Parlement). Obtenu dans ces conditions, le vote de la censure entraîne la **démission** collective de la Commission qui ne peut plus qu'expédier les affaires courantes en attendant son remplacement.

Cette situation ne s'est jamais rencontrée depuis le traité de Rome, même si une dizaine de motions de censure ont été déposées. Cependant, en 1999, la Commission Santer a démissionné volontairement, quelques mois après que le Parlement eut rejeté les motions de censure déposées contre elle. Convaincue que le dépôt d'une nouvelle motion conduirait à son adoption, elle montrait, par cette attitude, que la menace de la censure pouvait être aussi efficace que son vote lui-même.

La démission de la Commission Santer

En octobre 1998, un certain nombre d'accusations sont lancées contre divers membres de la Commission, en particulier par la presse belge : népotisme, malversations, détournements de fonds, rémunération d'emplois fictifs… Le Parlement refuse, en décembre 1998, le vote de décharge sur la gestion financière de l'année 1996 ; il rejette, par 293 voix contre 232, une motion de censure déposée en janvier 1999 et repousse deux motions de mise en cause individuelle de membres de la Commission, mais décide la mise en place d'un comité d'experts indépendants pour faire le point sur le fonctionnement de celle-ci. Parmi eux figurent deux anciens présidents de la Cour des comptes européenne. Malgré la proposition par la Commission d'un « *code de bonne conduite* », par lequel elle s'engagerait à améliorer ses conditions de fonctionnement, le comité présente, en mars 1999, un rapport très critique sur la gestion financière européenne. Devant le risque d'une nouvelle motion de censure qui a, cette fois, toutes chances d'être adoptée, et après avoir vainement essayé d'obtenir que ses membres les plus compromis démissionnent individuellement, la Commission démissionne en bloc, le 16 mars 1999.

Chapitre 5
La Commission

La Commission, à laquelle l'article 17 TUE assigne la tâche de promouvoir *«l'intérêt général de l'Union […] et de veiller à l'application des traités»,* est sans doute, avec le Parlement, l'organe qui a connu la plus grande évolution depuis les débuts de la construction européenne. C'est aussi celui dont le caractère «communautaire» est le plus accentué et cela se traduit, en premier lieu, par les conditions de nomination de ses membres. Cependant, dans la crise que connaît actuellement l'UE et face au développement d'une Europe des États, la Commission semble éprouver beaucoup de peine à faire entendre sa voix. Privée de véritable légitimité démocratique, elle a de plus en plus, ces dernières années, laissé la place à l'initiative des responsables politiques de certains États membres.

1. La composition et le mandat de la Commission

1. La composition

Le traité de Bruxelles, en 1965, a unifié les exécutifs des trois Communautés en créant un Conseil et une Commission uniques. Jusqu'en 2004, la Commission comprenait *«vingt membres choisis en raison de leur compétence générale et offrant toutes garanties d'indépendance»*. Les traités initiaux ne prévoyaient aucune proportion nationale mais, en 1965, on posa le principe que la Commission devait comprendre au moins un national de chaque État membre, et que le nombre de membres ayant la nationalité d'un même État ne devrait jamais être supérieur à deux. Cela conduisit à adopter le système suivant : deux nationaux pour chacun des cinq grands États, un pour chacun des dix autres.

Les règles relatives à la composition de la Commission ont été modifiées en 2004, conformément à l'article 4 du protocole sur l'élargissement de la Communauté annexé au traité de Nice. Dans une étape transitoire, que le traité de Lisbonne a prolongée, la Commission comporte **un national par État membre**; par la suite, il reviendra au Conseil statuant à l'unanimité de fixer le nombre définitif des commissaires[42].

2. Le mode de désignation

Il a été modifié à plusieurs reprises, en particulier par les traités de Maastricht, d'Amsterdam et de Nice.

L'évolution a d'abord renforcé les prérogatives du Parlement dans la désignation des membres de la Commission. En principe, ceux-ci sont désignés *«d'un commun accord»* par les gouvernements des États membres. Mais le pouvoir de ces derniers est devenu de plus en plus un simple pouvoir de proposition. Dès 1983, on a exigé, dans la pratique, que le bureau du Parlement soit consulté avant la nomination du président de la Commission[43]. Par ailleurs, celle-ci devait, une fois désignée, présenter son programme au Parlement européen et cela donnait lieu, de la part de ce dernier, à un débat suivi d'un vote.

Le traité d'Amsterdam a officialisé ce «débat» et ce **«vote d'investiture».** Le traité de Lisbonne maintient la situation antérieure, en prévoyant que la désignation du président doit être faite par le Conseil statuant à la majorité qualifiée, et son élection par le Parlement à la majorité des membres qui le composent. Si cette majorité n'est pas atteinte, le Conseil doit proposer, dans le délai d'un mois, un nouveau candidat qui devra être élu par le Parlement dans les mêmes conditions.

L'évolution a aussi renforcé le **rôle du président de la Commission** dans la constitution de celle-ci. Depuis le traité d'Amsterdam, le Parlement doit approuver la composition et le programme de la Commission «en tant que collège». Et le choix des noms proposés par le Conseil à la majorité

42. Le traité a modifié, dans des conditions déjà évoquées (voir page 215), la pondération des voix au sein du Conseil. Le traité de Lisbonne fixait le nombre des membres de la Commission à celui des deux tiers des États membres (18 dans la composition actuelle). Mais, après le rejet par les Irlandais du traité de Lisbonne en juin 2008 – ils ont voté «oui» lors d'un second référendum en octobre 2009 –, le Conseil européen de décembre 2008 s'est engagé, pour répondre à l'inquiétude de l'Irlande quant à la perte de son commissaire, à maintenir un commissaire par État membre. La Commission Juncker, actuellement en place, comporte donc bien 28 membres (dont 9 femmes), c'est-à-dire un par État membre en 2016.

43. Selon le traité de Lisbonne, le Conseil européen doit tenir compte des résultats des élections européennes lorsqu'il présente au Parlement le nom du candidat à la présidence de la Commission. Mais le rôle des États dans la désignation reste fort. Lors de la campagne électorale de 2009, l'un des reproches majeurs adressés au système a précisément concerné l'absence de lien direct entre le vote des électeurs et la nomination du président : il a souvent été dénoncé comme l'un des éléments du «déficit démocratique» de l'Europe.

qualifiée doit désormais se faire en accord avec le président, ce qui accentue la présidentialisation de l'institution.

C'est en effet au président que le traité de Nice confie la structuration de la Commission et la répartition des responsabilités entre ses membres. C'est lui qui détermine le contenu de leur « portefeuille » ; c'est sous son autorité et dans le respect des orientations politiques qu'il fixe que les commissaires exercent leurs attributions et il a le pouvoir d'en modifier la distribution en cours de mandat. Avec l'approbation de l'ensemble de la Commission, il peut nommer des vice-présidents, dont il décide le nombre, et demander à tout moment la démission d'un commissaire. Le président de la Commission est, jusqu'en 2019, le Luxembourgeois Jean-Claude Juncker.

Le traité de Nice a modifié la donne sur un autre point important : tirant les conséquences du fait que l'élargissement rendra de plus en plus difficile l'obtention de l'unanimité, il a substitué un **principe de majorité** à la règle du « commun accord » pour la désignation des commissaires. Jusqu'ici, les propositions initiales étaient présentées par les gouvernements des États membres : chacun d'entre eux proposait le ou les commissaires relevant de sa nationalité et la liste globale était établie d'un commun accord, généralement à l'occasion d'une réunion du Conseil européen. C'est aussi le Conseil européen, statuant à la majorité qualifiée, qui fait la proposition de nomination du président. Le Conseil de l'Union, réuni dans sa formation ordinaire et statuant à la majorité qualifiée, adopte la liste des commissaires dont il envisage la nomination après discussion avec les gouvernements des États membres, et procède à leur nomination définitive après le vote positif du Parlement.

Les débuts de la Commission Barroso, en 2004, ont montré l'influence que le Parlement peut exercer sur la composition de la Commission. L'opposition de la majorité parlementaire à la nomination d'un commissaire italien pressenti et sa menace de ne pas investir la Commission ont, par exemple, amené Manuel Barroso à négocier avec le gouvernement italien une modification de sa proposition initiale. L'évolution institutionnelle a ainsi conduit à un certain **rééquilibrage des pouvoirs** entre le Parlement et la Commission et traduit un certain affaiblissement de celle-ci.

3. Le mandat de la Commission

Ce mandat, comme celui de chacun des commissaires, est de **cinq ans** renouvelables. Celui d'un commissaire peut être interrompu par deux événements : le décès ou la démission.

Le traité de Lisbonne prévoit trois sortes de **démission** : volontaire, forcée ou d'office. La *démission forcée* peut être soit individuelle, soit collective. En principe, les membres de la Commission ne sont pas individuellement responsables devant le Parlement. Mais si l'un d'eux pose problème, le président de la Commission pourra toujours lui demander de présenter sa démission (article 17 TUE).

En revanche, les traités ont mis en place un principe de **responsabilité collective** de la Commission devant le Parlement. En vertu de l'article 234 TFUE, le vote d'une motion de censure, à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés et à celle des membres qui composent le Parlement européen, oblige en effet les membres de la Commission à « *démissionner collectivement de leurs fonctions* ». Une démission en apparence volontaire peut ainsi être présentée pour éviter une motion de censure et échapper à une humiliation : tel a été le cas de celle de la Commission Santer en 1999 (voir page 224).

Un commissaire qui ne remplirait plus les conditions nécessaires à l'exercice de ses fonctions ou qui commettrait une faute grave peut être déclaré *démissionnaire d'office* par la Cour de justice de l'Union. Cette sanction est prononcée à la demande du Conseil ou de la Commission. Contrairement à ce qui se passe dans les cas précédents, elle entraîne l'interdiction immédiate de rester en fonction, même pour expédier les affaires courantes.

Le **remplacement** nécessaire pour pourvoir au(x) siège(s) vacant(s) est effectué dans les mêmes conditions que la nomination, mais seulement pour la durée du mandat restant à courir jusqu'à la fin des cinq ans[44], de telle sorte que le terme de celui-ci reste toujours fixe. Le Conseil statuant à l'unanimité peut décider qu'il n'y a pas lieu de remplacer individuellement un membre démissionnaire ou décédé.

2. Le statut de la Commission et de ses membres

Il est tout entier dominé par des préoccupations d'indépendance et de cohérence qui s'expriment à plusieurs égards.

1. Le principe d'indépendance

Ce principe est affirmé à plusieurs reprises dans l'article 17 TUE : les membres de la Commission doivent offrir « *toutes garanties d'indépendance* » ; et, ajoute l'article 17, la Commission « *exerce ses responsabilités en pleine indépendance* ».

Même s'ils ont été proposés par lui, les commissaires ne sont donc **pas les représentants de leur État** et ils ne peuvent solliciter ni accepter d'instructions d'aucun gouvernement ou organisme. Les États membres s'engagent d'ailleurs à respecter leur indépendance et à ne pas chercher à les influencer dans l'exécution de leur tâche. Par ailleurs, pour éviter toute influence indue d'intérêts privés, les membres de la Commission ne peuvent exercer **aucune activité professionnelle**, rémunérée ou non : « *Ils prennent, lors de leur installation, l'engagement solennel de respecter, pendant la durée de leurs fonctions et après la cessation de celles-ci, les obligations découlant de leur charge, notamment les devoirs d'honnêteté et de délicatesse quant à l'acceptation, après cette cessation, de certaines fonctions ou de certains avantages* » (article 245 TFUE). En cas de non-respect de ces obligations, la Cour de justice, saisie par le Conseil ou la Commission, peut

44. C'est ce qui s'est passé quand la Commission Prodi a remplacé la Commission Santer.

soit prononcer la démission d'office du commissaire, s'il est encore en fonction, soit, dans le cas contraire, le sanctionner par des restrictions de son droit à pension[45].

À ces dispositions du traité s'ajoutent des règles de bonne conduite. Les Commissions Prodi et Barroso ont ainsi instauré l'obligation, pour les commissaires entrant en fonction d'établir une déclaration de leur patrimoine, de leurs intérêts financiers et de ceux de leur conjoint[46].

2. Le principe de collégialité

Chaque commissaire a des compétences spécialisées dans un secteur d'activité et il dirige les services administratifs en charge de ce secteur. Néanmoins, les décisions importantes exigent une **décision collégiale** de la Commission. Celle-ci est convoquée par son président ; elle tient une réunion, non publique, par semaine mais peut en tenir d'autres chaque fois que c'est nécessaire.

Le principe de collégialité vise à assurer deux objectifs. Il est, d'une part, une garantie de l'**indépendance** des commissaires, puisqu'il fait de toute décision un acte collectif : en principe, toutes les décisions doivent être prises après une délibération commune et à la majorité. Dans la pratique, cette exigence n'est appliquée de façon stricte que pour les dossiers posant problème et la procédure est plus souple : les échanges peuvent avoir lieu par écrit, et les mesures de gestion et d'administration courante peuvent être décidées par un seul commissaire après habilitation de la Commission. Mais cet allégement est soumis au contrôle de la Cour de justice, qui peut toujours censurer un acte pris après une procédure n'ayant pas respecté le principe de collégialité.

Ce principe est également important à un autre égard : il constitue un moyen efficace de garantir la *cohérence politique* de l'action menée.

45. Ces dispositions ont pris une certaine actualité depuis les accusations de corruption qui ont pesé sur la Commission Santer. En 1999, la Cour a été saisie du cas d'un commissaire allemand, qui avait démissionné pour prendre immédiatement des fonctions dans une entreprise dont le champ d'activité correspondait à la spécialité de son portefeuille. La Cour a conclu son intervention en proposant un compromis : l'intéressé a dû s'engager à attendre un an avant de prendre ses nouvelles fonctions, à éviter tout contact avec les institutions communautaires pendant plusieurs années et à ne communiquer aucune information confidentielle à son nouvel employeur. En 2003, la Commission s'est saisie du cas d'une commissaire française à qui l'on reprochait, entre autres, d'avoir lors de ses fonctions, entre 1995 et 1999, sous couvert d'engager quelqu'un à son cabinet, fait attribuer un emploi présumé fictif. Le collège des commissaires a saisi la Cour de justice d'une action visant à la déchoir de tout ou partie de ses droits à pension. La Cour a effectivement constaté, en juillet 2006, qu'il y avait manquement aux obligations, mais n'a pas prononcé de sanction.

46. Aucune disposition ne concerne la situation des membres de la Commission après leur sortie de fonction. Cette question soulève cependant des problèmes délicats, comme l'a montré le scandale soulevé par l'acceptation, par l'ancien président Barroso, de fonction de conseil au sein de la banque Goldman Sachs, au printemps 2016.

3. Les pouvoirs de la Commission

Compte tenu de la création des fonctions de président de l'UE et de Haut Représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, le pouvoir de **représentation** de l'Union, attribué à la Commission par les traités antérieurs, a été limité : il ne s'applique plus à la politique étrangère ni à la politique de sécurité. Sur le plan interne, ses pouvoirs, définis d'une manière très générale par l'article 17 TUE, se situent au début et à la fin de tous les grands processus de décision.

1. Le pouvoir d'initiative

La plupart des décisions importantes prises par le Conseil exigent au préalable une proposition de la Commission (article 17 TUE). L'importance de ce pouvoir de **proposition** est soulignée par les deux alinéas de l'article 293 TFUE : le premier oblige, sauf exceptions, le Conseil à statuer à l'unanimité s'il veut amender une proposition de la Commission ; le second permet au contraire à celle-ci de modifier comme elle l'entend ses propositions tant que le Conseil n'a pas statué, et lui donne ainsi des pouvoirs supérieurs à ce dernier pour s'adapter à l'évolution des négociations tout au long de la procédure d'élaboration des décisions et pour débloquer ou non une situation de conflit. Nous avons vu cependant (page 222) que, lorsque l'adoption d'un acte suppose, selon la procédure législative ordinaire, un accord du Conseil et du Parlement, ceux-ci pourront, en définitive, s'accorder sur un projet s'écartant des propositions initiales de la Commission (à la majorité absolue des suffrages exprimés au Parlement, à la majorité qualifiée pour le Conseil). Il y a donc là un début de brèche dans le pouvoir d'initiative de celle-ci.

Le Parlement ou le Conseil peuvent suggérer à la Commission de faire des propositions sur un sujet déterminé. Le premier le décidera à la majorité de ses membres à propos de toute question relative à la mise en œuvre du traité de l'Union ; le second peut lui demander de procéder à toute étude qu'il juge opportune et de lui soumettre toutes propositions appropriées. La Commission est libre de donner suite ou non à ces demandes.

2. Les pouvoirs d'exécution

Selon l'article 17 TUE, *« la Commission veille à l'application […] des mesures adoptées par les institutions »* en vertu des traités. L'article 290 TFUE autorise un acte législatif à conférer à la Commission le pouvoir d'adopter des **actes « délégués »**, *« actes non législatifs de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif ».* Autrement dit, la Commission peut prendre des règlements d'application. Les « éléments essentiels » d'un domaine sont réservés à l'acte législatif et l'acte accordant la délégation doit explicitement préciser les objectifs, le contenu et la portée de celle-ci.

3. La mission de gardienne des traités

En tant que garante de l'intérêt de l'Union, la Commission est chargée de veiller au respect des traités. Elle s'est donc vu investir d'une mission générale de **surveillance** et de **contrôle** de leur bonne application, qu'elle peut exercer à l'égard des États membres, de leurs ressortissants et des autres institutions communautaires. C'est elle, à ce titre, qui sera chargée de mettre en œuvre l'**action en manquement d'État** devant la Cour de justice de l'UE (voir page 229 et suivantes) : si elle estime qu'un État membre a manqué à l'une des obligations imposées par le traité, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Si l'État ne se conforme pas à cet avis dans le délai imparti par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice d'office, sur la base des informations qu'elle aura recueillies ou des vérifications qu'elle aura pu faire, ou sur plainte. C'est elle aussi qui a le pouvoir d'intervenir si elle estime qu'après l'arrêt de la Cour, l'État membre ne prend pas les mesures que comporte l'exécution de cet arrêt.

La Commission contrôle également l'usage des dérogations admises par le droit européen, par exemple lorsqu'au titre d'une « clause de sauvegarde », un État membre demande à suspendre ses obligations communautaires pendant une certaine période[47]. Enfin, elle veille à l'application des principes fixés par le TFUE en ce qui concerne la politique de concurrence, et contrôle les concentrations d'entreprises. Elle peut prononcer des astreintes et infliger des sanctions pécuniaires à des entreprises qui commettraient des infractions à ces règles.

La Commission doit, en outre, publier chaque année un **rapport** général sur l'activité de l'Union européenne, présenté au Parlement et pouvant donner lieu à un débat.

47. En janvier 2008, la France a, par exemple, activé la clause de sauvegarde à propos de la culture et de la vente d'un maïs transgénique, qu'elle a pu ainsi interdire provisoirement sur son territoire. Elle avait été précédée dans cette voie par six pays de l'UE. En septembre 2011, la Cour de justice a estimé que cette activation était illégale, car entachée d'un vice de procédure. La ministre de l'Écologie a alors annoncé que la France prendrait une nouvelle clause de sauvegarde, si nécessaire.

Chapitre 6
Les institutions judiciaires

À l'origine, la Cour de justice des Communautés européennes (ou Cour de justice) était le seul juge au niveau communautaire, mais face à la multiplication des affaires, l'Acte unique européen autorisa la création d'un Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) et, pour un certain nombre de recours, la Cour de justice devint un second degré de juridiction ne pouvant être saisi que par la voie d'un pourvoi à l'encontre des décisions du Tribunal. L'expression « Cour de justice » a donc désormais deux sens : elle peut désigner l'ensemble formé par la Cour au sens strict et le Tribunal ou ne concerner que la première de ces institutions. Le traité de Lisbonne reprend l'organisation existante et prévoit que la Cour de justice, désormais nommée Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), comprend la Cour, le Tribunal et des tribunaux spécialisés.

1. Les juges au niveau de l'Union

1. La Cour de justice de l'Union européenne

Instituée par le traité CECA du 18 avril 1951, sa compétence a été étendue aux deux autres communautés (CEE et Euratom) par les traités de Rome, en 1957. En principe, elle n'est compétente que pour les questions relevant de l'application du TFUE. Cela exclut donc certaines matières relevant de l'application du traité UE : en totalité la politique étrangère et de sécurité commune, et partiellement la justice et les affaires intérieures. En revanche, la compétence de la Cour a été étendue aux matières touchant à la coopération renforcée et à la protection des droits fondamentaux [48].

En vertu du traité de Nice, qui consacre la pratique antérieure, la Cour de justice est composée d'**un juge par État** membre, auxquels s'ajoutent **onze avocats généraux** (chacun de nationalité différente, la pratique étant que chacun des quatre grands États soit toujours représenté parmi eux). Mais ces juges et avocats généraux ne sont pas les représentants de leur État, puisqu'ils doivent présenter toutes garanties d'indépendance. Ils sont d'ailleurs nommés d'un commun accord entre les gouvernements des États membres ; leur mandat, renouvelable, est de **six ans** et ils sont renouvelés par moitié tous les trois ans. C'est aussi la durée pour laquelle les juges de la Cour élisent le **président**, dont le mandat est également renouvelable. Le président de la Cour est, depuis 2015, le Belge Koen Leenaerts. Les membres de la Cour doivent réunir les conditions requises pour exercer dans leur pays les plus hautes fonctions juridictionnelles. Ils sont soumis à certaines **incompatibilités** (exercice d'une activité politique ou cumul avec une activité professionnelle, publique ou privée) et bénéficient d'une **immunité** qui ne peut être levée que par la Cour, statuant à l'unanimité de ses membres. Avec le traité de Lisbonne, le nom de la Cour a changé : elle est devenue la Cour de justice de l'Union européenne. Par ailleurs, un comité composé de sept magistrats ou juristes éminents donne un avis sur l'adéquation des candidats proposés, avant leur nomination par les gouvernements des États membres.

L'**organisation** de la Cour, qui siège à Luxembourg, est déterminée à la fois par le TFUE, par le protocole sur le statut de la Cour annexé à celui-ci, et par le règlement de procédure établi par la Cour et approuvé par le Conseil [49]. Le traité de Nice a modifié les conditions des sessions. Désormais le principe, qui soulève quelques inquiétudes sur la cohérence jurisprudentielle, est que la Cour siège **en chambres** (de trois ou cinq membres), dans les conditions prévues par son statut. Elle élit en son sein les présidents des chambres qui la composent, pour trois ans renouvelables une fois. Une « grande chambre » de quinze membres, présidée par le président de la Cour et à laquelle participent tous les présidents des chambres à cinq membres, est réunie chaque fois que cela est demandé par un État membre ou par une institution européenne partie à l'instance, la réunion de la formation plénière devenant donc extrêmement rare. Mais elle peut avoir lieu sur décision de la Cour, lorsqu'une affaire revêt une « *importance exceptionnelle* » ou pour statuer sur la démission du Médiateur (article 16 du statut de la Cour). Quelle que soit sa formation, la Cour ne peut statuer que si les juges sont en nombre impair.

La procédure est organisée en deux phases. La **phase écrite** (requête introductive, mémoires des parties et rapport préalable du juge rapporteur) correspond à l'instruction de l'affaire ; la **phase orale** comporte normalement [50] l'audition du rapporteur, celle des parties, des témoins ou experts et de l'avocat général, l'intervention de ce dernier pouvant être supprimée si l'affaire ne soulève aucune question de droit nouvelle. Les **avocats généraux**, dont le nombre pourrait être augmenté par décision unanime du Conseil statuant sur proposition de la Cour, ressemblent beaucoup aux

48. Elle s'est vu soumettre 713 affaires nouvelles en 2015.

49. Pour cette approbation, le traité de Nice substitue l'exigence de la majorité qualifiée à celle de l'unanimité.

50. Le règlement de la Cour prévoit en effet la possibilité de procédures d'urgence, accélérées ou simplifiées, lorsque les parties sont d'accord.

rapporteurs publics devant les juridictions administratives françaises, puisque leur rôle est de *« présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires »* requérant l'intervention de la Cour (article 252 TFUE). La procédure devant la Cour est d'ailleurs proche de la procédure administrative française ; elle présente les mêmes caractéristiques : largement écrite, contradictoire, inquisitoire et gratuite.

Les recours présentés devant les juridictions communautaires n'ont pas d'effet suspensif. La Cour a cependant le pouvoir de décider le sursis à exécution d'un acte attaqué si elle estime que les circonstances de l'affaire l'exigent. Ses arrêts ne peuvent faire l'objet de recours devant aucune autre juridiction.

2. Le Tribunal

Créé par une décision du Conseil, en 1988, sur le fondement de l'Acte unique, pour désengorger la Cour, le TPICE, devenu « Tribunal » tout court avec le traité de Lisbonne, était composé, jusqu'en 2015, de **vingt-huit juges** nommés dans les mêmes conditions et au sein du même « vivier » que la Cour. En laissant à celle-ci le soin de fixer le nombre de juges à *« au moins un par État membre »*, le traité de Nice autorise l'augmentation de ce nombre sans imposer le respect du principe de l'égale représentation de tous les États. Le Tribunal, devant lequel 836 affaires ont été introduites en 2015, élit son **président** (en 2016, le Luxembourgeois Marc Jaeger) pour trois ans. En l'état actuel des choses, les fonctions d'**avocat général** ne sont pas spécialisées et peuvent être remplies par tout membre du Tribunal : dans ce cas, il ne peut pas prendre part au jugement de l'affaire. Le statut de la Cour pourrait cependant en décider autrement. Les règles de procédure et de fonctionnement du Tribunal sont largement calquées sur celles applicables à la Cour. Une différence importante réside cependant dans la possibilité laissée au Tribunal de faire juger par un juge unique certaines affaires ne présentant pas de difficultés de droit ou de fait.

Des chambres juridictionnelles peuvent être créées par le Conseil, statuant à l'unanimité, et adjointes au Tribunal pour exercer certaines compétences juridictionnelles particulières. C'était le cas du **Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne** (TFPUE), créé en novembre 2004 pour juger le contentieux de la fonction publique européenne et composé de sept juges nommés par le Conseil ; le TFPUE jugeait environ 180 affaires par an. Mais en 2015, compte tenu de l'augmentation du contentieux et des durées excessives de traitement des affaires devant le Tribunal de l'UE, le législateur de l'Union a décidé d'augmenter progressivement le nombre des juges au Tribunal de l'UE à 56 et de lui ajouter les compétences du TFPUE. Ce dernier été dissous le 1er septembre 2016.

En vertu du traité de Nice, qui a fortement élargi les catégories de **recours** pouvant être soumis en première instance au Tribunal, c'est désormais le statut de la Cour (voir page 229) qui pourra étendre la liste de ceux-ci. Ils se limitaient à l'origine aux affaires relatives au contentieux de la fonction publique européenne et à la concurrence. On y a adjoint par la suite les recours concernant les mesures de défense commerciale, les affaires de propriété intellectuelle et les recours formés par les personnes physiques ou morales (mais pas par les États). Le Tribunal juge ainsi plus de 800 affaires par an (200 de plus qu'en 2008). La Cour n'est pas compétente en principe pour connaître des décisions en matière de politique étrangère et de sécurité commune. Elle ne peut pas non plus connaître des mesures de police ou de protection de la sécurité intérieure prises par les États membres.

Étaient expressément **exclus** de la compétence du Tribunal les recours en manquement et les renvois préjudiciels provenant des juridictions nationales (voir pages 231-232). Mais le traité de Nice autorise le statut de la Cour à étendre la compétence du Tribunal. La Cour ne serait donc plus seule à connaître des questions d'interprétation et d'appréciation de validité du droit de l'Union. Toutefois, le Tribunal pourrait toujours saisir la Cour d'une affaire concernant un renvoi préjudiciel s'il estime qu'elle *« appelle une décision de principe susceptible d'affecter l'unité ou la cohérence du droit de l'Union »* (article 256 TFUE).

En principe, tous les arrêts du Tribunal sont passibles d'un **pourvoi** devant la Cour. Cependant, en matière de *renvoi préjudiciel*, à seule fin de ne pas prolonger inutilement la procédure, le pourvoi sera exclu, sauf si le premier avocat général estime, contrairement à ce qu'avait fait le Tribunal, qu'il y a effectivement un *« risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union »*. Il dispose dans ce cas d'un mois pour saisir la Cour qui doit à son tour, dans un délai équivalent, décider si elle réexamine l'affaire au fond. Le pourvoi est à déposer dans les deux mois suivant l'arrêt du Tribunal, soit par une partie au procès de première instance, soit par un État membre ou par une institution de l'Union. Si ces derniers ne sont pas intervenus en première instance. Il n'a pas d'effet suspensif, mais le requérant peut demander le sursis à exécution.

Lorsqu'elle statue sur les pourvois, la Cour est une juridiction de **cassation**, en ce sens qu'elle ne peut apprécier que les questions de droit, et non les faits. Le pourvoi n'a pas d'effet suspensif. La Cour peut rejuger l'affaire elle-même, ce qu'elle fait dans la plupart des cas, ou la renvoyer devant le Tribunal pour que celui-ci la réexamine à la lumière des points de droit réglés par son arrêt.

2. Les recours

Les traités attribuent à la Cour de justice des attributions **juridictionnelles** et **consultatives**. Au titre des secondes, elle peut être consultée à la demande du Parlement, du Conseil, de la Commission ou d'un État membre sur la compatibilité avec le droit de l'Union d'un accord international conclu par l'Union, et elle rend de véritables décisions obligatoires[51].

Au titre de leurs attributions contentieuses, les juridictions de l'Union peuvent soit annuler les actes illégaux pris par les institutions de l'Union, soit engager la responsabilité de l'Union, soit constater les manquements des États membres à leurs obligations européennes.

51. Malgré le nom d'attributions « consultatives ».

1. Le contentieux de la légalité

Il peut être initié ou par un État membre, ou par une institution de l'Union, ou encore par une personne physique ou morale directement concernée par l'acte attaqué. Il peut aussi l'être indirectement par un renvoi préjudiciel d'un tribunal d'un État membre.

a) Le recours direct en annulation

Il est fortement inspiré du droit administratif français, à la fois en ce qui concerne les conditions de recevabilité et les moyens d'annulation. 43 recours de ce type ont été introduits en 2015.

- **Les conditions de recevabilité**

Certaines tiennent à la **nature** de l'acte attaqué. Selon l'article 263 TFUE, cet acte doit émaner d'une institution européenne (acte conjoint du Parlement et du Conseil, ou du Conseil, de la Commission, etc.). Cela signifie qu'échappent au recours devant les juridictions de l'Union les actes des autorités nationales. Y échappent aussi ceux qui sont pris par les représentants des *« États membres réunis au sein du Conseil »* : la Cour a par exemple décidé, en 1993, qu'une décision des ministres accordant une aide au Bangladesh n'était pas imputable au Conseil, parce qu'elle était prise dans *« un domaine ne faisant pas l'objet d'une compétence exclusive de la Communauté ».*

Il faut ensuite que cet acte soit destiné à produire des **effets de droit.** Cela exclut les actes préparatoires ou confirmatifs et les simples avis ou recommandations. Lorsque le requérant est une personne privée, l'acte attaqué doit réellement modifier sa situation juridique.

D'autres conditions concernent la **qualité pour agir**. L'article 263 TFUE établit en effet une distinction entre deux grandes catégories de requérants.

– Depuis les origines, le Conseil, la Commission et les États membres peuvent présenter un recours en annulation devant la Cour contre tout acte communautaire sans avoir à justifier d'un intérêt. S'agissant du Parlement, sa situation à l'égard de la Cour a suivi l'évolution générale de ses pouvoirs. Alors qu'il n'avait aucun droit à agir en annulation au début de la Communauté, on lui a reconnu ce droit pour assurer la défense de ses prérogatives, d'abord avec l'arrêt *Tchernobyl,* rendu par la Cour en 1990, puis dans le traité de Maastricht. Avec le traité de Nice, il a acquis le même droit que le Conseil et la Commission et n'a plus à justifier d'un intérêt pour que son action soit recevable. Toutes ces institutions constituent des **requérants privilégiés**. La Banque centrale européenne et la Cour des comptes ne sont, en revanche, recevables à présenter un recours en légalité que pour la défense de leurs prérogatives.

– Quant aux *personnes physiques et morales*, elles n'ont qualité pour agir que si elles justifient d'un intérêt « froissé ». Elles sont donc recevables à attaquer les décisions individuelles qui leur sont directement adressées, mais aussi des mesures réglementaires ou individuelles qui, bien qu'adressées à d'autres, les touchent directement et individuellement : par exemple, lorsqu'une décision de l'Union concernant une aide d'État est adressée à l'État intéressé ou à l'entreprise bénéficiaire, une entreprise concurrente dont la situation est directement affectée par cette décision est recevable à l'attaquer. En revanche, les particuliers n'ont aucun droit à attaquer devant les juridictions de l'Union les actes de portée générale, c'est-à-dire ceux dont les destinataires ne peuvent pas être identifiés à l'avance.

D'autres conditions, enfin, concernent les **délais** de recours. Ils sont de deux mois à compter de la publication de l'acte au *Journal officiel de l'Union européenne* ou de sa notification à l'intéressé ou, à défaut, du jour où celui-ci en a eu connaissance. Cependant, la validité des actes réglementaires peut être contestée à tout moment par le biais de l'exception d'illégalité. L'article 277 TFUE autorise en effet toute partie, *« à l'occasion d'un litige mettant en cause un acte de portée générale […], à se prévaloir des moyens prévus »* dans le cadre du recours en annulation *« pour invoquer devant la Cour de justice l'inapplicabilité de cet acte »*.

- **Les moyens d'annulation**

Largement inspirés des catégories du droit administratif français (voir page 146 et suivantes), ils sont au nombre de quatre : l'incompétence, moyen d'ordre public qui peut être soulevé d'office par le juge ; la violation des formes substantielles, par exemple le non-respect des droits de la défense, ou l'absence de consultation du Parlement ou de motivation de l'acte attaqué lorsque celles-ci sont obligatoires ; la violation du traité ou de ses règles d'application, qui intègre aussi celle d'un certain nombre de principes généraux du droit ; et le détournement de pouvoir.

- **Les effets de l'arrêt des juridictions de l'Union**

L'**acte** déclaré illégal est **annulé** en tout ou partie. La décision d'annulation a l'autorité absolue de la chose jugée et fait disparaître rétroactivement l'acte et ses conséquences à l'égard de tous. Mais, s'agissant d'un règlement, la juridiction de l'Union peut, si elle l'estime nécessaire, indiquer que tout ou partie des effets produits par celui-ci doivent être considérés comme définitifs et rester en vigueur. Le traité impose aux institutions de l'UE dont un acte a été annulé de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la juridiction de l'Union, mais celle-ci ne se reconnaît pas le droit de leur adresser des injonctions.

b) Le renvoi préjudiciel

Le droit de l'UE n'a de sens que s'il est appliqué et interprété de façon **uniforme** sur l'ensemble du territoire européen. Le rôle des juridictions européennes est d'autant plus important que, comme l'a indiqué la Cour de justice dans l'arrêt *Costa c/ENEL,* rendu en 1964, le traité CE, *« à la différence des traités internationaux ordinaires, a créé un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres […] et qui s'impose à leurs juridictions »*. Or chaque juge national est aussi un juge de l'Union, dans la mesure où la solution des problèmes qui lui sont soumis exige souvent l'interprétation ou l'application de normes de l'UE. Il faut donc éviter au maximum qu'à cette occasion, les juges des différents pays procèdent à une interprétation ou à une application divergente de ces normes, sinon il n'y aurait plus de droit « de l'Union ». Dans ce but, l'article 267 du TFUE organise la procédure du *renvoi préjudiciel* qui permet aux juges nationaux de demander aux juridictions de l'UE d'interpréter un acte communautaire ou de juger de sa validité, lorsque la solution de ces questions est nécessaire à celle du problème qui est soulevé devant

eux. Ils doivent surseoir à statuer et ne peuvent reprendre l'examen de l'affaire qu'une fois cette question réglée. On garantit ainsi l'**unité** du droit de l'Union[52].

Un exemple de renvoi préjudiciel par le juge national : le jugement du Tribunal administratif (TA) de Paris du 16 décembre 1974 dans l'affaire Rutili

Un ressortissant italien avait des activités syndicales qui gênaient les pouvoirs publics français et, en lui délivrant sa carte de séjour, ceux-ci lui interdisent l'accès aux quatre départements lorrains, ceux où il exerçait ses activités. Dans le recours qu'il intente contre cette décision devant le TA de Paris, il invoque une violation d'une directive européenne garantissant la liberté de circulation aux ressortissants des pays de la Communauté *« sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public »*. Le TA se trouve donc confronté à la question de savoir si cette directive a été correctement appliquée et si les mesures prises par les autorités françaises en respectent bien les termes. Mais, estimant que cette directive pose un problème d'interprétation, il saisit la Cour de justice, d'une part pour lui demander le sens du mot *« justifiées »* et d'autre part pour savoir si ce terme ne peut s'appliquer qu'aux mesures réglementaires apportant des limites à la liberté de circulation ou s'il s'applique aussi aux mesures individuelles prises à la suite des précédentes. La Cour a estimé que les restrictions temporaires de la liberté des citoyens des autres pays de la Communauté sur le territoire d'un État membre n'étaient valides que si elles étaient susceptibles de s'appliquer aussi aux nationaux.

La juridiction de l'Union ne peut être saisie que par un **tribunal**. S'il s'agit d'une juridiction inférieure, dont les décisions pourront faire l'objet d'un recours devant un juge supérieur, le renvoi n'est que facultatif. S'il s'agit d'une juridiction suprême, dont les décisions ne peuvent pas faire l'objet d'un recours au niveau national (en France, le Conseil d'État et la Cour de cassation), le renvoi est obligatoire. La question posée par le juge national peut porter soit sur l'interprétation d'un texte de l'Union, soit sur l'appréciation de sa validité.

– En ce qui concerne l'**interprétation**, le juge national doit demander à la juridiction de l'Union de se prononcer, s'il estime qu'il y a nécessité d'éclaircir un point obscur ou douteux. Il peut certes ne pas la saisir s'il estime qu'il est en face d'un « acte clair ». Mais on voit bien la différence entre le droit international « ordinaire » et le droit européen. S'agissant d'un traité « ordinaire », le juge français peut l'interpréter : par exemple, dans le cas d'un traité franco-algérien qui définissait les membres de la famille des ressortissants algériens susceptibles de bénéficier d'un regroupement familial, le Conseil d'État a pu décider lui-même qu'il fallait comprendre la notion *« d'enfants mineurs »* au sens français (moins de 18 ans pour tous) et non au sens algérien (moins de 19 ans pour les garçons et de 21 ans pour les filles)[53]. S'agissant d'une norme de droit de l'Union, il ne le pourrait pas aussi simplement, en raison de la nécessaire unité de l'interprétation de ce droit sur l'ensemble du territoire de l'Union.

Le cas particulier des dispositions du titre III, chapitre V, du TFUE

Il vise les questions relatives aux visas, à l'asile, à l'immigration et aux autres politiques liées à la libre circulation des personnes. Pour toutes ces questions, le juge national suprême n'est jamais tenu de saisir la Cour : il peut le faire, s'il l'estime nécessaire pour prendre sa décision, mais ce n'est qu'une simple faculté. D'autre part, une demande d'interprétation peut aussi émaner du Conseil, de la Commission ou d'un État membre. Enfin, la Cour n'est pas compétente pour statuer sur les questions portant sur des mesures relatives au maintien de l'ordre public ou à la sauvegarde de la sécurité intérieure (article 276 TFUE).

– En ce qui concerne l'**appréciation de validité,** la Cour a interdit de fait aux juridictions nationales, par un arrêt de 1987[54], de déclarer *invalides* des actes des institutions de l'UE. Elles ne peuvent donc apprécier leur validité que si c'est pour conclure que l'acte contesté est valide. Cette solution a été vivement critiquée par ceux qui font remarquer que, si d'aventure, un autre juge national estimait que cet acte est non valide, et qu'il lui faut donc saisir une juridiction de l'Union, il y aurait incohérence de la jurisprudence sur le territoire européen.

Les **effets** des renvois préjudiciels dépendent de la nature de la réponse donnée. L'interprétation donnée par la juridiction de l'Union s'impose aux juges nationaux. Mais elle n'interdit pas que des questions d'interprétation soient posées par la suite sur d'autres points concernant la même disposition. Quant à l'autorité des décisions de la juridiction de l'Union en matière de validité, elle est proche de celle qui caractérise les effets des arrêts du Conseil d'État français. La décision déclarant invalide une disposition de l'Union s'impose à tous (autorité absolue de chose jugée) ; en revanche, lorsque le recours est rejeté et que la juridiction de l'Union refuse de déclarer invalide la disposition contestée, sa décision n'a de portée que pour le procès en cours, puisque la validité de la disposition peut toujours être contestée pour d'autres motifs (autorité relative de chose jugée).

52. 436 renvois préjudiciels ont été adressés à la Cour de justice pendant l'année 2015.

53. Conseil d'État, 29 juin 1990, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI).*

54. CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*.

2. Le contentieux de la responsabilité

Deux catégories de recours juridictionnels confèrent des pouvoirs étendus au juge de l'Union. Il s'agit des recours présentés par les agents de l'Union contre celle-ci pour la défense des droits que leur confère leur statut, et surtout des **recours en responsabilité**. Selon l'article 340 TFUE, en effet, *« en matière de responsabilité non contractuelle, l'Union européenne doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions »*.

a) Les conditions de recevabilité

Elles sont plus larges que celles du recours en annulation. Le recours peut être intenté par tout particulier ou par tout État membre[55] prétendant avoir subi un **dommage** du fait d'un acte ou d'une action de l'Union, dans les cinq ans à compter de la survenance du fait qui y donne lieu. Lorsqu'ils émanent de particuliers (ce qui représente, en pratique, la totalité des cas), les recours doivent être présentés devant le Tribunal. Ils visent l'institution qui est à l'origine du dommage et qui peut être soit une institution de l'Union au sens propre (Parlement, Commission, Conseil, Banque centrale européenne, Cour des comptes…), soit l'un des autres organes institués par le traité (Banque européenne d'investissement, etc.). Mais aucun recours en responsabilité ne peut se fonder sur un dommage résultant de l'application directe d'un traité.

b) Le dommage

Il doit être **imputable** à l'Union. Tel est le cas lorsqu'il a été causé par l'action d'une de ses institutions ou d'un de ses agents, à condition que cette action constitue le prolongement nécessaire des missions confiées aux institutions[56]. Une difficulté particulière peut cependant naître du fait que l'exécution des décisions de l'Union est souvent confiée aux autorités des États membres. La Cour n'admet alors la responsabilité de l'Union que si le dommage peut être imputé à des décisions de celle-ci que les autorités nationales ont appliquées régulièrement. En cas d'application incorrecte, seule la responsabilité de l'État membre peut être recherchée devant ses juridictions nationales. Lorsque le dommage résulte à la fois d'une faute de l'Union et de l'État membre, le particulier victime doit intenter deux actions distinctes, devant les juridictions de l'Union et devant les juridictions nationales : cela ne devra pas conduire à une indemnisation supérieure au dommage subi.

c) L'engagement de la responsabilité de l'Union

Pour engager la responsabilité de l'Union, la Cour exige la réunion de **trois éléments.**

1. L'existence d'une **faute** d'une instance ou d'un agent de l'Union. Cette faute peut résulter d'un mauvais fonctionnement de l'institution (par exemple, un défaut de protection de données confidentielles), ou d'une illégalité constituée par la violation d'une règle de droit supérieure, c'est-à-dire d'une règle d'importance fondamentale découlant du traité ou des principes généraux du droit (par exemple, le principe de non-discrimination). La Cour vérifie qu'il s'agit bien d'une violation caractérisée, traduisant une méconnaissance manifeste et grave des limites qui s'imposent à l'institution mise en cause dans l'exercice de ses pouvoirs : ce sera notamment le cas lorsque celle-ci ne peut pas justifier son acte par l'existence d'un intérêt public supérieur. Enfin, la règle supérieure violée doit avoir pour but de protéger les particuliers : ainsi, le non-respect de règles relatives à l'aménagement des compétences au sein des institutions européennes ne sera pas de nature à permettre la mise en jeu de la responsabilité de l'Union.

2. Il faut ensuite un **préjudice** qui présente certains caractères. Il doit être en principe **réel, né et actuel** (la Cour a cependant accepté de réparer des préjudices futurs, à condition qu'ils soient certains). Il doit être évaluable en argent, la Cour ne pouvant réparer le dommage qu'en accordant une indemnité, mais cela n'interdit pas la prise en compte de dommages moraux. Enfin, lorsque la responsabilité est recherchée pour des actes réglementant l'activité économique, la Cour exigera que le dommage présente un caractère anormal et spécial, c'est-à-dire qu'il *« dépasse les limites des risques économiques normaux inhérents aux activités dans le secteur concerné »*.

3. Il faut enfin qu'il y ait un **lien direct de causalité** entre la faute et le dommage. C'est à la victime qu'incombe la preuve de ce lien. La faute de la victime peut être un motif d'exonération totale ou partielle de responsabilité.

3. Le recours en manquement d'État

Ce recours est tout à fait particulier au droit de l'Union. En adhérant à l'Union européenne, un État souscrit à un certain nombre d'obligations. Il est donc logique qu'il puisse être contraint à les respecter et qu'il s'expose à des sanctions s'il ne le fait pas. Le recours en manquement vise à faire constater l'**inexécution,** par un ou des États membres, **des obligations** leur incombant en vertu des traités. C'est ce à quoi visent les articles 258 et 260 TFUE, qui permettent soit à la Commission, soit à un État membre de saisir la Cour, sans avoir à justifier d'un intérêt à agir. Mais comme le recours étatique doit toujours être précédé d'une saisine de la Commission, dans les faits, cette seconde hypothèse est extrêmement rare : il n'y en a eu que quatre exemples ayant donné lieu à un arrêt de la Cour. En 1979, une plainte avait été déposée par le Royaume-Uni contre la France, à propos d'un conflit entre les pêcheurs des deux pays ; en 2000, un litige opposait la Belgique à l'Espagne concernant la libre circulation des marchandises ; une plainte a été présentée par l'Espagne contre le Royaume-Uni, pour protester contre la participation des habitants de Gibraltar

55. Il n'y a eu, jusqu'ici, aucun recours présenté par un État membre.

56. La Cour a ainsi considéré, en 1969, que l'accident causé par un fonctionnaire communautaire conduisant sa voiture personnelle n'était pas imputable à la Communauté, alors même que son ordre de mission l'autorisait à utiliser ce véhicule dans l'exercice de ses fonctions. Elle a estimé que cette utilisation n'était pas intervenue pour les besoins du service. Cette solution est donc plus restrictive que celle du droit français (voir page 152).

aux élections européennes. Enfin, la Hongrie a intenté un recours en 2012 contre la Slovaquie, pour protester contre une mesure qui interdisait au président hongrois l'accès au territoire slovaque. La quasi-totalité des recours (au nombre de 3828, entre 1952 et 2015) est donc venue de la Commission. Mais avant d'aller devant la Cour, celle-ci devra, dans une phase dite « précontentieuse », permettre à l'État ou aux États concernés de présenter leurs observations et elle s'efforcera d'obtenir d'eux un changement d'attitude[57].

La **phase précontentieuse** est déclenchée soit par une constatation de la Commission elle-même, soit par une plainte adressée par un État ou une personne privée. La Commission s'informe auprès de l'État concerné, à la suite de quoi elle peut classer l'affaire, ou décider de poursuivre l'enquête. Dans ce second cas, elle adressera à l'État concerné une lettre de mise en demeure. Lorsque la Commission est à l'origine de l'affaire, seul l'État accusé se verra demander ses observations. Lorsque la plainte émane d'un État membre, les observations des deux États concernés, le plaignant et l'accusé, seront confrontées contradictoirement.

La mise en demeure doit énumérer les griefs de façon complète, car il ne pourra pas en être ajouté par la suite. Elle fixe, en outre, le délai dans lequel l'État mis en cause doit répondre. À l'expiration de ce délai, si les réponses ne sont pas jugées satisfaisantes et si l'État n'a pas changé d'attitude, la Commission émettra un **avis motivé** qui ne peut que reprendre, en les détaillant, tout ou partie des griefs exposés dans la mise en demeure. La Commission y justifie les raisons qui l'amènent à penser que l'État a failli à ses obligations. L'avis motivé ouvre un délai pendant lequel l'État concerné peut faire cesser le manquement. Si tel n'est pas le cas, la Commission peut saisir la Cour, mais elle en apprécie discrétionnairement l'opportunité et n'est soumise à aucun délai pour le faire. Cette possibilité est aussi ouverte à un État plaignant, lorsqu'il est à l'origine de la plainte[58].

La saisine de la Cour ouvre la **phase contentieuse.** La Commission doit s'en tenir aux griefs figurant dans l'avis motivé, sauf si de nouveaux manquements sont apparus entre-temps. Il lui appartient d'apporter la preuve du manquement et du fait qu'il peut effectivement être imputé à l'État membre ou à un de ses organes internes. L'État peut, pour sa défense, évoquer des faits justificatifs. Mais la Cour se montre extrêmement rigoureuse dans l'appréciation de ceux-ci : elle a ainsi estimé que ni la violation du droit de l'Union par un autre État, ni la prétendue illégalité du règlement contesté ne constituaient des faits justificatifs. Elle a également refusé l'argumentation présentée par la France, selon laquelle des troubles sociaux liés à une tentative d'application d'une disposition de l'Union (barrages routiers, destructions de cargaisons de camions en provenance d'autres pays, suivies d'une indemnisation rapide des victimes de ces dommages…) constituaient une excuse valable.

Si la Cour estime que l'État a manqué à une de ses obligations[59], elle rend un arrêt où elle **constate le manquement**. Dans la plupart des cas, les faits reprochés tiennent à l'absence de transposition d'une directive. L'arrêt constitue une simple déclaration et la Cour n'a aucun pouvoir d'annulation des mesures nationales contraires aux obligations de l'Union, ni d'injonction à l'égard de l'État membre. Mais, depuis le traité de Maastricht, de nouveaux pouvoirs de sanction sont prévus : l'État membre est tenu *« de **prendre les mesures** que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour »*. La Commission peut émettre, après avoir donné à l'État la possibilité de présenter ses observations, un avis motivé où elle précise en quoi l'État ne s'est pas conformé à l'arrêt de la Cour. Elle y fixe aussi le délai imparti à l'État pour se mettre en règle et elle peut, dès l'expiration de ce délai, saisir à nouveau la Cour afin qu'elle prononce une sanction financière sous forme d'amende forfaitaire ou d'astreinte. Cette possibilité a été utilisée à plusieurs reprises. Ainsi, en 2005, la France a été condamnée à une amende de 20 millions d'euros et à une astreinte de 57 millions d'euros par période de six mois suivant le prononcé de l'arrêt : elle n'avait pas rempli ses obligations en matière de contrôle de la pêche, en laissant mettre en vente des poissons dont la taille était inférieure au minimum requis par la réglementation européenne. De même, en 2015, la Cour a considéré que l'Italie, qui avait déjà été condamnée une première fois pour non-respect des règles concernant la gestion des déchets et n'avait pris aucune mesure pour redresser la situation, devait être condamnée à une amende de 20 millions d'euros et à une astreinte journalière de 120000 euros.

57. La *menace* du recours peut produire des effets. Elle a ainsi fait reculer la France, en 2010, alors qu'elle cherchait à mettre en place des mesures d'expulsion de populations Roms originaires de Roumanie ou de Bulgarie. Mais, même en cas de recul, l'efficacité n'est pas nécessairement garantie. Menacée pour avoir voté une législation qui lui avait permis de révoquer un certain nombre de magistrats qui déplaisaient à son gouvernement, la Hongrie a modifié sa loi, mais les juges révoqués n'ont pas retrouvé leurs fonctions.

58. Il peut le faire seul, si la Commission n'a pas rendu d'avis dans un délai de trois mois à partir de la demande, ou en parallèle avec la saisine de la Cour par la Commission, lorsque celle-ci décide d'engager une procédure contentieuse. Mais, comme on l'a dit, cette hypothèse est rare, les États préférant utiliser la voie diplomatique plutôt que la voie juridictionnelle.

59. En 2015, la Cour a reconnu l'existence d'un manquement dans 26 cas, contre cinq où elle a rejeté le recours.

Chapitre 7
La Cour des comptes européenne

Elle a été instituée par le traité de Bruxelles du 22 juillet 1975 et sa création est concomitante du renforcement des pouvoirs budgétaires du Parlement. Désormais régie par les articles 285 à 287 TFUE, elle a son siège à Luxembourg. Selon l'article 285, elle *« assure le contrôle des comptes de l'Union »* : son champ de compétences couvre donc la totalité du domaine financier.

1. La composition de la Cour des comptes

Dans la formulation du traité de Nice, la Cour des comptes européenne comprend **un ressortissant de chaque État membre**. De ce fait, ce traité instaure la règle selon laquelle les nominations ne peuvent se faire que sur proposition de chacun des États. Mais il prévoit aussi qu'une fois nommés, les membres de la Cour *« exercent leurs fonctions en pleine indépendance, dans l'intérêt général de l'Union »,* et qu'ils ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucun organisme. Ils ne peuvent exercer aucune autre activité professionnelle, rémunérée ou non.

Les membres de la Cour des comptes sont nommés pour une durée de **six ans** renouvelable, par le Conseil statuant, après consultation du Parlement, à la majorité qualifiée. Ils sont choisis parmi les personnalités qui appartiennent ou ont appartenu, dans leurs pays respectifs, aux institutions de **contrôle des comptes**, ou qui ont une qualification particulière pour cette fonction. Ils désignent, parmi eux et pour trois ans, le **président** de la Cour, dont le mandat est renouvelable. Ce dernier convoque et préside les séances, dont il fixe l'ordre du jour ; il dirige les services de la Cour et veille à l'exécution de ses décisions. Le président de la Cour des comptes européenne est, depuis septembre 2016, l'Allemand Klaus-Heiner Lehne.

Les conditions d'emploi et de rémunération des membres de la Cour sont fixées par le Conseil statuant à la majorité qualifiée. Leur mandat ne peut être interrompu que dans trois hypothèses : décès, démission volontaire ou démission d'office. Celle-ci doit être prononcée par la Cour de justice, sur demande de la Cour des comptes, et uniquement dans le cas où ils auraient cessé de répondre aux conditions requises ou de satisfaire aux obligations découlant de leur charge. Cette situation ne s'est jamais rencontrée jusqu'ici.

La Cour est organisée en collège et elle adopte ses rapports et ses avis à la majorité de ses membres, ce qui implique qu'elle siège toujours en **formation plénière**. Sur le fondement des dispositions du traité de Nice, la Cour comporte désormais cinq chambres spécialisées dirigées par des doyens.

2. Les attributions de la Cour des comptes

Depuis le traité de Maastricht, le contrôle de la Cour des comptes porte sur la totalité des dépenses et des recettes de l'Union et de tout organisme créé par elle. Elle peut aussi vérifier l'utilisation faite par les organismes extérieurs des fonds de l'Union qu'ils reçoivent à titre de subventions. Dans ce cadre, l'article 287 TFUE lui confère **deux compétences** essentielles.

– **Vérifier la régularité** de toutes les opérations financières : il s'agit donc d'un contrôle de légalité, qui amène la Cour à apprécier la conformité des opérations financières aux dispositions de l'Union applicables et aux grands principes budgétaires. À la différence de la Cour des comptes française, la Cour des comptes européenne n'est cependant pas un organisme juridictionnel. Elle n'a donc pas le pouvoir de sanctionner directement les irrégularités constatées et doit compter soit sur les États membres, soit sur le Conseil pour prendre les sanctions qu'exigent ces irrégularités. Elle ne peut déposer de *recours en annulation* que pour la défense de ses prérogatives. Elle n'a pas non plus de pouvoir d'initiative en matière de *recours en manquement* (voir pages 233-234), mais elle peut former un *recours en carence* devant les juridictions de l'Union.

– **S'assurer de la bonne gestion** financière : il s'agit d'un contrôle d'efficacité qui amène la Cour à apprécier, non pas seulement si les moyens utilisés sont réguliers, mais s'ils sont les mieux adaptés et les plus efficaces pour parvenir au résultat recherché.

Ces attributions conduisent la Cour à mener des **investigations** à la fois au sein des institutions européennes et des États membres. Cela l'amène à collaborer tant avec les autres instances de l'Union qu'avec les organismes des États membres chargés du contrôle des comptes. Les uns et les autres communiquent à la Cour, sur sa demande, tout document ou information nécessaire à l'exercice de sa mission. Son contrôle se fait sur pièces et peut avoir lieu sur place.

La Cour des comptes fournit au Parlement et au Conseil une déclaration d'assurance de la fiabilité des comptes et de la régularité des opérations financières. Elle leur adresse également un rapport, publié au *Journal officiel de l'Union européenne*, après la clôture de chaque exercice. Elle peut, par ailleurs, établir des rapports spéciaux sur toute question particulière ou donner des avis à la demande d'une autre institution de l'UE. Comme le souligne l'article 287 TFUE, la déclaration d'assurance de la fiabilité des comptes, le rapport annuel de la Cour et ses rapports

spéciaux éventuels constituent des éléments essentiels d'information du Parlement pour la mise en œuvre de la procédure de décharge de l'exécution du budget qu'il doit voter chaque année à destination de la Commission.

Ainsi, bien que la Cour des comptes ne dispose pas de pouvoirs directs de sanction, ses travaux peuvent apporter une contribution importante à l'activité de contrôle que le Parlement exerce sur l'exécutif de l'Union européenne.

Chapitre 8
Les organes de l'Union européenne

À côté des institutions de l'Union, les traités ont créé un certain nombre d'organes chargés de missions spécifiques. On dénombre, parmi eux, les organes consultatifs, les institutions financières et le Médiateur européen.

1. Les organes consultatifs

Ce sont, pour l'essentiel, le Comité économique et social européen (CESE) et le Comité des régions (CdR). Leur consultation par le Conseil ou par la Commission est obligatoire dans les cas prévus par les traités (article 304 TFUE pour le CESE ; article 307 du même traité pour le CdR). Elle peut également avoir lieu à l'initiative de l'une de ces deux institutions ou, depuis le traité d'Amsterdam, du Parlement. Les deux comités ont le pouvoir d'émettre, de leur propre initiative, des **avis** sur une question relevant de leur champ de compétences.

1. Le Comité économique et social européen (CESE)

Le traité de Rome a mis en place, à côté des institutions législatives et exécutives, un Comité économique et social composé de représentants de différentes catégories **socio-professionnelles** (producteurs, agriculteurs, travailleurs, transporteurs, consommateurs…). Les membres du Comité, qui siège à Bruxelles, sont désignés par le Conseil de l'Union européenne, à la majorité qualifiée, pour un mandat de cinq ans renouvelable, sur proposition des gouvernements des États membres ; mais ils exercent leur mandat en toute indépendance. Leur répartition entre États membres dépend de l'importance de la population de l'État concerné. Le nombre de conseillers est, en 2016, de 353 membres, parmi lesquels 24 représentants français. Son président est, depuis 2015, le Grec Georgios Dassis.

La qualité de membre du CESE est incompatible avec un mandat parlementaire européen. Les membres sont répartis en trois catégories : employeurs, salariés, autres représentants. Le président du Comité est élu par ses membres pour 2 ans et demi, en assurant une rotation entre chacune des catégories. Le Comité s'efforce ainsi d'assurer l'émergence de compromis entre les trois groupes d'agents économiques et sociaux, et il joue un rôle utile d'**intermédiaire** entre les institutions de l'UE et les forces économiques et sociales.

2. Le Comité des régions (CdR)

Il a été institué par le traité sur l'Union européenne de 1992, à la demande des collectivités territoriales des États membres, dans le souhait de rapprocher la construction européenne des citoyens. Il compte le même nombre de membres que le CESE (353) et ceux-ci sont désignés dans les mêmes conditions. Depuis le traité de Nice, ne peuvent être membres du CdR que des représentants des **collectivités régionales et locales**, titulaires d'un mandat électoral au sein d'une de ces collectivités ou politiquement responsables devant une assemblée élue. Le Comité siège à Bruxelles ; son président est, depuis 2015, le Finlandais Markku Markkula.

Les conditions de sa consultation sont les mêmes que celles du CESE. Mais il est **obligatoirement** consulté sur toute question susceptible d'avoir des répercussions au niveau local ou régional. Le traité d'Amsterdam a élargi les domaines de cette consultation obligatoire : elle couvre désormais dix grands domaines, parmi lesquels les questions de santé, d'éducation et de culture, d'emploi, de politique sociale, d'environnement, de formation professionnelle ou de transports. Le traité de Lisbonne donne au Comité des régions le droit de saisir la Cour de justice, soit en cas de violation du principe de subsidiarité, soit pour défendre ses prérogatives.

2. Les institutions financières

Ce sont le Système européen de banques centrales (SEBC) et la Banque européenne d'investissement (BEI).

1. Le Système européen de banques centrales

Avec l'établissement d'une monnaie unique dans plusieurs pays de l'Union – l'euro – il a fallu imaginer un système européen pour gérer l'union monétaire. Ce système se compose des banques centrales de tous les États membres et de la **Banque centrale européenne** (BCE), mise en place en 1998 et qui siège à Francfort.

Tous les pays de l'UE n'ont cependant pas adopté l'euro. Il est donc impossible de laisser les banques centrales des pays qui ne l'ont pas adopté décider la politique monétaire de la zone euro. Cela a conduit à créer, au sein du SEBC, un **Eurosystème** plus réduit ne regroupant, à côté de la BCE,

que les seules banques centrales des dix-sept pays ayant adopté la monnaie unique.

Le conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne comprend les membres du directoire de la BCE et les gouverneurs des banques centrales nationales des pays participant à l'euro. Les six membres du directoire (un président, un vice-président et quatre autres membres) sont nommés d'un commun accord par les chefs d'État ou de gouvernement des États membres (pour l'instant, uniquement ceux des États qui ont adhéré à l'euro), sur recommandation du Conseil et après consultation du Parlement et du conseil des gouverneurs de la BCE. Ils doivent être choisis parmi des personnes à l'autorité et à l'expérience professionnelle reconnues dans le domaine monétaire ou bancaire. Leur mandat est de huit ans, non renouvelable. Le président de la BCE est, depuis novembre 2011, l'Italien Mario Draghi.

Leur **indépendance** est fortement garantie : ni la BCE ni les banques centrales nationales ne peuvent solliciter, ou accepter d'instructions des institutions de l'UE ou des gouvernements nationaux. Les gouverneurs ne peuvent être relevés de leurs fonctions, par la Cour de justice et à la requête exclusive du conseil des gouverneurs ou du directoire, que lorsqu'ils ne remplissent plus les conditions nécessaires à leur exercice ou s'ils ont commis une faute grave. Les orientations de la politique monétaire sont définies par le conseil des gouverneurs et mises en œuvre par le directoire.

C'est à la **BCE** que revient le pouvoir d'autoriser l'émission de billets de banque dans la zone euro. Elle prête aux banques mais, à la demande de l'Allemagne, son rôle essentiel était auparavant limité à la lutte contre l'inflation, qui constitue l'un des objectifs assignés à l'Union. Son rôle a été renforcé ces dernières années ; d'une part, depuis 2014, c'est elle qui assure une supervision des banques sur l'ensemble de la zone euro. En outre, des responsabilités nouvelles lui ont été accordées pour la gestion des dispositifs de stabilité mis en place dans la zone euro à la fin des années 2000, afin d'éviter que la crise d'un pays ne mette en danger l'ensemble de ceux qui en font partie. Ces fonds ont été remplacés par un **mécanisme européen de stabilité**, mis en place le 27 septembre 2012. Pérenne, celui-ci dispose d'un fonds de plusieurs centaines de milliards d'euros, alimenté par les États, pour aider, en particulier par des prêts ou des rachats de dettes, les États connaissant des difficultés financières, à condition qu'ils aient ratifié le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG) et qu'ils se soumettent à certaines contraintes dans la gestion de leur politique économique et financière.

Les orientations de la BCE ont connu une évolution significative au début de l'année 2015, avec la mise en place d'une politique « d'assouplissement quantitatif » *(quantitative easing)*, consistant à injecter massivement des liquidités dans l'économie pour acheter des emprunts d'État. Destinée à lutter contre les risques de déflation qui menacent l'Europe, elle a amené la BCE à dégager 80 milliards d'euros chaque mois en 2015 et 2016, pour alléger le poids des dettes, en particulier dans le sud de la zone euro.

2. La Banque européenne d'investissement

Elle a été créée par le traité de Rome de 1957. Son siège est à Luxembourg. Dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, elle a pour actionnaires les 28 États membres. Elle comprend un Conseil des gouverneurs, composé des ministres des Finances des 28 États membres, qui détermine la politique générale de la Banque, un conseil d'administration, composé de 28 membres (un par État) et d'un représentant de la Commission, et un comité de direction, nommé pour six ans par le Conseil des gouverneurs, qui administre les affaires courantes de la Banque. Son président, nommé dans les mêmes conditions, est depuis 2012 l'Allemand Werner Hoyer. Un comité de vérification s'assure de la régularité des opérations de la BEI.

La BEI finance essentiellement, par des prêts à la demande des institutions de l'Union, les investissements nécessaires à la réalisation des projets de mise en valeur des régions les moins développées, et des opérations présentant un intérêt commun à plusieurs États membres dans le domaine des transports, des télécommunications et de l'énergie.

3. Le Médiateur européen

Le Médiateur européen a été créé par le traité sur l'Union européenne de 1992, à l'imitation des *Ombudsman* existant dans divers pays, et son existence est désormais prévue par l'article 228 du TFUE. Il est **élu**, à la majorité des suffrages exprimés, par le **Parlement** européen, pour la durée de la législature (donc cinq ans). Il est choisi parmi les ressortissants des États membres et doit présenter des garanties de capacité et d'indépendance. Son mandat est renouvelable. C'est le Parlement qui fixe son statut et les conditions d'exercice de ses fonctions. Celles-ci sont incompatibles avec tout mandat électif et toute autre activité professionnelle. Il peut y être mis fin soit en cas de démission volontaire, soit d'office, lorsqu'il ne remplit plus les conditions nécessaires à leur exercice ou s'il a commis une faute grave. Dans ce cas, la fin des fonctions est décidée par la Cour de justice de l'UE, à la demande du Parlement. Le poste est occupé, depuis 2014, par l'Irlandaise Emily O'Reilly.

Les **plaintes** (au nombre de 21 946 en 2015, dont 60 % en dehors de sa compétence) présentées au Médiateur peuvent soit émaner directement de personnes appartenant aux mêmes catégories que celles qui disposent du droit de pétition (voir page 224), soit lui être transmises par l'intermédiaire d'un membre du Parlement européen. Elles doivent concerner des cas de **mauvaise administration** imputables à des institutions ou des organismes de l'Union, autres que les organes juridictionnels. Mais le Médiateur peut aussi intervenir de sa propre initiative s'il a connaissance, hors de toute plainte, d'un cas de ce type (par exemple, par la presse) ; il l'a fait dans six cas en 2015. Si, après enquête, il conclut à la mauvaise administration (10 % des cas en 2015), il saisit l'institution concernée qui a trois mois pour lui faire connaître ses observations. Dans le rapport qu'il adresse ensuite à celle-ci et au Parlement, il exprime son opinion définitive sur l'affaire : il peut soit retenir tout ou partie des observations de l'autorité mise en cause, soit émettre un point de vue critique sur son action. Le résultat de l'enquête est communiqué à l'auteur de la plainte. Par ailleurs, le Médiateur adresse chaque année au Parlement un rapport général d'activité.

Questions à réponse courte sur les institutions européennes

Quelles sont les institutions de l'Union européenne et quel est leur rôle ?

La difficulté de cette question tient à son caractère très vaste, puisqu'elle recouvre la quasi-totalité du programme des concours sur la matière. Il faut donc veiller à être complet, tout en restant très synthétique, compte tenu du temps imparti. Tenez-vous en à l'essentiel et contentez-vous de décrire en quelques phrases la constitution et les fonctions des « grandes » institutions européennes.

Après avoir donné la liste des institutions, vous pourrez indiquer d'une phrase que vous vous limiterez aux quatre principales, correspondant aux trois pouvoirs traditionnels : exécutif, législatif et judiciaire. Vous marquerez un point si vous ajoutez que la séparation de ces pouvoirs n'est pas nette, certains organes pouvant être investis à la fois de pouvoirs exécutifs *et* de pouvoirs législatifs.

Le Conseil de l'Union européenne (qu'il faut distinguer du **Conseil européen**, réunion périodique des plus hauts responsables politiques de chaque pays) est composé des représentants des États membres et présidé à tour de rôle par chacun d'eux. Il cumule des fonctions législatives et budgétaires qu'il exerce en coopération avec les autres organes. C'est lui qui, en particulier, édicte les règlements et les directives. Les élargissements successifs de l'Union ont substitué de plus en plus souvent la majorité qualifiée à l'unanimité pour la prise de décision.

Le Parlement est élu au suffrage universel direct dans tous les pays de l'Union. Il a vu ses compétences législatives s'accroître et « codécide » désormais dans de nombreux cas avec le Conseil de l'UE. Ses pouvoirs budgétaires sont de plus en plus importants et il dispose de compétences de contrôle de l'exécutif : il peut poser des questions, demander des rapports, constituer des commissions d'enquête, et censurer la Commission.

Jusqu'ici, **la Commission** était composée de membres désignés par chacun des États, mais qui n'en sont pas les représentants. Elle a le pouvoir d'initiative pour toutes les décisions importantes et exécute les décisions par délégation du Conseil.

Enfin **la Cour de justice de l'Union européenne**, composée d'autant de juges qu'il y a d'États, constitue le pouvoir judiciaire. Assistée d'un Tribunal, elle peut annuler les actes de l'Union non conformes aux traités, engager la responsabilité de l'Union, et ordonner des sanctions contre un État membre qui ne satisfait pas à ses obligations européennes.

Quelle est la place du Conseil européen dans les institutions européennes ?

Le petit piège de cette question réside dans la nécessité de ne pas confondre les deux organes qui portent le nom de « Conseil » au sein des instances européennes et de bien distinguer le Conseil européen du Conseil de l'Union européenne.

On commencera par rappeler succinctement les étapes de son apparition : le Conseil européen a été créé en 1974. On poursuivra par le rappel très rapide de sa composition et de ses attributions : il réunit, au moins deux fois par an, les chefs d'État ou de gouvernement des États membres et le président de la Commission, assistés respectivement par les ministres des Affaires étrangères et un membre de la Commission. Il est désormais doté d'un président à plein temps, élu à la majorité qualifiée par le Conseil pour deux ans et demi renouvelables une fois. Son rôle politique est essentiel : il définit les orientations générales de l'Union, ainsi que celles de la politique économique, et les principes de la politique étrangère et de sécurité commune.

Le Traité de Lisbonne en fait une **institution européenne** (article 13 TUE) ; à ce titre, les décisions qu'il prend sont désormais susceptibles de recours devant la Cour de justice de l'Union. Face aux questions spécifiques que soulève le fonctionnement de la zone euro, le rôle du Conseil a tendance à reculer et à céder la place à des réunions plus restreintes, composées des seuls chefs d'État et de gouvernement des États de la zone. Le traité de Lisbonne a encouragé cette tendance en donnant à ces États une capacité autonome de décision qui leur permet de prendre seuls les mesures qui les intéressent individuellement.

Voir page 211.

Qu'est-ce qu'une directive européenne ? Les directives sont-elles directement applicables en droit français ?

C'est sans doute une des questions les plus difficiles sur lesquelles vous puissiez tomber car elle comporte des aspects parfois subtils. Restez-en donc aux principes simples et n'essayez pas de développer outre mesure !

Une directive est un acte émanant du Conseil de l'Union européenne qui se contente, en principe, de ne fixer qu'un objectif à atteindre. Elle équivaut à ce qu'on appellerait en droit national une loi d'orientation. Elle laisse donc aux États membres une assez large marge d'appréciation pour les « transposer » en droit national, en décidant de la forme à utiliser (loi ou disposition réglementaire) et de la manière dont le résultat attendu sera atteint.

En principe, elle n'est donc pas directement applicable en droit français tant qu'elle n'a pas été transposée. Mais cette transposition est **obligatoire**. Le Conseil constitutionnel comme le Conseil d'État estiment qu'une loi nationale contraire à une directive transposée est, par là même, inconstitutionnelle. Depuis 2009, le Conseil d'État admet en outre que les justiciables peuvent se prévaloir devant le juge administratif des dispositions précises et inconditionnelles des directives, même quand le recours est dirigé contre

une décision individuelle, si l'État n'a pas pris, dans les délais impartis, les mesures de transposition nécessaires.

Quels sont les recours dont peut être saisie la Cour de justice de l'Union européenne ?

Vous les énumérerez rapidement, en soulignant qu'ils ont essentiellement pour objet de faire constater et sanctionner le non-respect des traités européens. Vous indiquerez, pour chacun d'entre eux : qui peut les intenter, contre quels actes ils sont ouverts et quel est l'effet de la décision de la Cour.

– Recours en **annulation** : intenté soit par un État membre, soit par une institution de l'Union, soit par un particulier contre tout acte émanant d'une institution de l'Union ; il conduit, en cas de succès, à l'annulation de l'acte attaqué.

– Renvoi **préjudiciel** : la Cour ne peut être saisie que par un tribunal national qui demande son avis sur l'interprétation ou la validité d'un acte de l'Union. Sa décision s'impose aux juges nationaux.

– Recours en **responsabilité** : intenté par un État membre ou un particulier, il conduit à la mise en jeu de la responsabilité de l'Union, au cas où une faute a été commise par une de ses institutions.

– Recours en **manquement d'État** : intenté soit par un État membre, soit par la Commission pour dénoncer une violation du droit de l'Union par un État membre, il peut conduire à une condamnation de l'État défaillant.

Voir page 230 et suivantes.

Le traité de Maastricht a été signé par les membres de l'Union européenne le 7 février 1992. Afin qu'il entre en vigueur en France, quelle procédure a été suivie ?

Cette question peut vous donner l'occasion de prouver que vous êtes capable de faire le lien entre les différentes parties de l'ouvrage, en particulier entre le droit constitutionnel et les institutions européennes.

Vous rappellerez donc que l'article 54 de la Constitution prévoit que, *« si le Conseil constitutionnel […] a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution »,* et que l'article 11 de la Constitution permet au président de la République de soumettre au référendum un projet de loi *« tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions ».*

Conformément à l'article 54, le président François Mitterrand a donc saisi, en mars 1992, le Conseil constitutionnel pour lui demander si l'approbation du traité de Maastricht supposait une révision préalable de la Constitution. Celui-ci ayant apporté une réponse positive (décision du 9 avril 1992), la Constitution a été révisée en juin, selon la procédure prévue à l'article 89 du texte. Le président de la République a ensuite décidé, conformément à l'article 11, de soumettre au référendum l'adoption du projet de loi portant approbation du traité de Maastricht. Ce projet fut adopté par 51,04 % de « oui ».

Voir pages 30-31.

Le traité de Lisbonne.

C'est le genre de question à traiter de manière dépassionnée, pour éviter de heurter le correcteur, quelles que soient vos convictions. Pour y répondre correctement, vous devez aussi, bien sûr, vous tenir au courant de l'actualité.

Commencez par rappeler la genèse : le projet de traité constitutionnel et son rejet par référendum en France et aux Pays-Bas ; la nécessité de sortir du blocage et l'adoption en décembre 2007, à Lisbonne, par les chefs d'État et de gouvernement, d'un nouveau traité dit « simplifié », moins ambitieux, qui reprenait de nombreuses dispositions du traité précédent. Se contentant de modifier les traités existants, il essaie de gommer les points qui avaient fait difficulté en 2005. Vous rappellerez d'une phrase les conditions de sa ratification : choix de la voie parlementaire dans tous les pays sauf l'Irlande, et nécessité de deux référendums successifs dans ce pays.

Pour le reste, il s'agit de regrouper en deux ou trois points forts les dispositions d'un texte touffu. Vous pouvez, par exemple, synthétiser les apports du traité en trois points.

– Il tend d'abord à donner à l'Union européenne une visibilité accrue : il lui reconnaît la personnalité juridique, institue un président du Conseil européen élu pour deux ans et demi renouvelables une fois et un Haut Représentant pour les affaires étrangères.

– Il réforme les institutions en renforçant le rôle des Parlements européens et nationaux. Il accorde en particulier à ces derniers un rôle de contrôle de l'action de l'Union. Il prévoit l'élection du président de la Commission par le Parlement européen.

– Il vise aussi à donner un rôle et une protection accrus aux citoyens de l'Europe : renforcement des droits et des libertés par l'attribution, à la Charte des droits fondamentaux, d'une valeur juridique égale à celle des traités, ce qui la rend opposable ; reconnaissance d'un droit d'initiative citoyen.

Voir page 205.

Index

A

Accès aux documents administratifs : 77, 115
Acte administratif unilatéral : 107
Acte de gouvernement : 148
Acte unique européen : 204
Administration centrale : 71-74
Agence : 73
Agent non titulaire : 126, 128-129
Amendement : 46, 222
Annualité budgétaire (principe) : 164-165, 177
Arbitrage (du Premier ministre) : 36, 170
Arrêté de débet : 182
Arrêté ministériel : 73
Article 16 (de la Constitution) : 32-33
Assemblée nationale
- **composition :** 39
- **élection :** 39
- **dissolution :** 30, 50
- **organisation :** 43-44
- **pouvoirs :** 45-52

Astreinte : 148
Autorisation d'engagement (LOLF) : 163 et suiv., 179
Autorité administrative indépendante (AAI) : 64, 77-78, 108, 114-115, 156-158
Avis du Conseil d'État : 141

B

Banque centrale européenne (BCE) : 207, 237-238
Banque européenne d'investissement (BEI) : 238
Bicaméralisme : 14, 39, 46-47, 170-171, 232
Bloc de constitutionnalité : 54-55
Brexit : 211-212
Budget
- **annexe :** 122, 166
- **communal :** 89
- **départemental :** 90
- **régional :** 90

Bureau (des Assemblées) : 43-44

C

Cabinet
- **du Premier ministre :** 37, 72
- **du président de la République :** 28
- **ministériel :** 37, 73

Calendrier budgétaire : 170-172
Campagne électorale (présidentielle) : 26-27
Centralisation : 69
Chambre régionale des comptes : 93-94, 191-192
Charte des droits fondamentaux (de l'UE) : 206-212
Circonscription électorale : 39-40, 84-85, 218
Circulaire : 73, 108
Clause de compétence générale : 82
Co-administration : 79
Code des marchés publics : 109-110
Cohabitation : 24, 28, 30
Collectivité d'outre-mer : 80
Collectivité territoriale : 79-80
Comité d'administration régionale (CAR) : 76
Comité des régions : 237
Comité des représentants permanents (COREPER) : 214
Comité économique et social européen (CESE) : 237
Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) : 77, 115
Commission d'enquête : 49, 221
Commission européenne : 225-228
Commission mixte paritaire : 47
Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) : 77, 114-115
Commission parlementaire : 44, 46, 221
Communauté
- **d'agglomération :** 99
- **de communes :** 99
- **urbaine :** 98

Comptabilité publique : 178-186
Comptable public : 181-184
Compte de campagne : 26, 41
Compte spécial du Trésor : 166
Concours administratif : 128-129
Conférence budgétaire : 170
Conférence des présidents : 44
Conflit
- **d'attribution de compétence :** 139
- **de décisions :** 139

Congrès : 19, 30
Conseil constitutionnel : 19, 24, 52-57
- **compétences :** 19, 21, 53-57
- **décisions :** 55
- **nomination des membres :** 53

Conseil d'État : 111-123
Conseil de l'Europe : 111
Conseil de l'Union européenne : 211, 213-217
Conseil départemental : 83-84, 86, 87-88, 89-90, 91
Conseil des ministres : 37-38
Conseil économique, social et environnemental (CESE) : 52
Conseil économique et social régional (CESR) : 85
Conseil européen : 211
Conseil municipal : 83-84, 89
Conseil régional : 85, 86, 90, 91

Conseil supérieur de la magistrature (CSM) : 31, 51-52
Constitution : 8, 17-19, 23-24
- **adoption :** 23-24
- **notion :** 17-18
- **révision :** 18-19, 24, 29

Constitution européenne : 206
Consultation : 221-222
Contrat administratif : 108-110, 126
Contrat de projet État-région : 76
Contreseing : 29-33, 73
Contrôle
- **administratif :** 158, 188
- **budgétaire et comptable :** 187-188
- **contentieux :** 146-154
- **de constitutionnalité :** 20-22, 54-55
- **de conventionnalité :** 111-112
- **des comptes :** 187-194, 236-237
- **financier :** 187
- **parlementaire :** 48-50, 223-224

Convention européenne des droits de l'homme : 111-112
Convention internationale : 111-112
Convention territoriale d'exercice concerté : 82
Coopération intercommunale : 94-100
Cour administrative d'appel : 142
Cour de discipline budgétaire et financière : 180-181
Cour de justice de l'Union européenne : 229-234
Cour de justice de la République : 29
Cour des comptes : 189-191, 193
Cour des comptes de l'Union européenne : 235-236
Crédits (budgétaires) : 174-177
Cumul
- **de fautes :** 152
- **de responsabilités :** 152
- **de mandats :** 41-42, 82, 86-87

D

Débudgétisation : 166
Décentralisation : 14, 69, 79
Déchéance quadriennale : 180
Décision
- **administrative individuelle :** 108-114
- **implicite :** 114, 146
- **préalable :** 146

Déclaration des Droits de l'homme (1789) : 7, 16, 54, 110, 162
Déconcentration : 14, 69, 72
Décret : 31-32, 36, 72
Décret d'avances : 175
Décret de répartition : 174-175
Décret en conseil des ministres : 31-32, 36, 72
Défenseur des droits : 157
Déféré préfectoral : 93
Délai de recours contentieux : 147
Démission du gouvernement : 30
Département d'outre-mer (DOM) : 80
Dépense publique : 178-180
Direction d'administration centrale : 73
Directive européenne : 55, 216
Dissolution de l'Assemblée nationale : 30
Dissolution des conseils locaux : 85
Domaine réservé (du président de la République) : 24, 32
Droit de grâce : 29
Droit de grève (des fonctionnaires) : 73, 124, 131
Droit syndical (des fonctionnaires) : 131
Droits de la défense : 111, 113-114

E

Égalité devant les charges publiques : 153
Élections
- **départementales :** 84-85
- **européennes :** 210-211
- **législatives :** 39-40
- **municipales :** 84
- **présidentielle :** 25-27
- **régionales :** 85
- **sénatoriales :** 40-41

Éligibilité : 25-26, 41
Emprise : 144-145
Espace Schengen : 205
Établissement public : 102-104, 122
- **à caractère industriel et commercial (EPIC) :** 119-121, 122
- **administratif (EPA) :** 121
- **de coopération intercommunale (EPCI) :** 94-99

État de siège : 37
État d'urgence : 10, 37
État fédéral : 14-15
État unitaire : 14
Évaluation : 49
Exception d'inconstitutionnalité : 20-21, 54, 56-57, 145
Expérimentation : 91-92

F

Faute
- **de service :** 152
- **du service :** 152
- **personnelle :** 151

Fédéralisme : 14-15
Fonctionnaire
- **définition :** 127
- **droits :** 130-131
- **obligations :** 131-132
- **statut :** 127 et suiv.

Fonds de concours : 166
Fongibilité des crédits : 167, 176
Fusion (de communes) : 94, 100-101

G

Gestion de fait : 185-186
Gestion déléguée (d'un service public) : 122, 123
Gouvernement
- **compétences :** 36-37, 71-73
- **nomination :** 30, 34
- **responsabilité :** 35-36

Groupe politique : 44, 220
Guillotine : 46

H

Haute Cour : 29
Hiérarchie des normes : 110-112

I

Immunité
- **du président de la République :** 29
- **parlementaire :** 42, 219-220

Impôt
- **direct :** 196
- **indirect :** 196
- **local :** 196

Incompatibilité
- **ministérielle :** 34-35
- **parlementaire :** 41-42, 220
- **des élus locaux :** 86-87

Incompétence (des autorités administratives) : 113, 148
Indemnité (des élus locaux) : 87
Indemnité (parlementaire) : 42, 219
Indépendance judiciaire : 31, 51-52
Inéligibilité : 44, 93, 242
Initiative citoyenne : 15-16, 88, 211
Injonction : 148
Inspection générale : 158, 188
Intérêt à agir : 147, 255
Intérêt général : 108, 119, 149
Intérim (du président de la République) : 28
Irrecevabilité : 46, 170-171

J

Justice administrative : 140-143, 146-154
Justice judiciaire : 137, 142-144

L

Loi
- **contrôle de constitutionnalité :** 20-22, 48, 53-54
- **domaine :** 17, 45
- **élaboration :** 45-48
- **de finances :** 163 et suiv.
- **de finances rectificative :** 163
- **de programme :** 165
- **de règlement :** 163, 193-194
- **organique :** 19, 48

Loi organique relative aux lois de finances (LOLF) : 46, 163-165, 167, 173, 175-177

M

Maire : 86, 88, 90-91
Marché public : 109-110
Médiation : 156-157
Médiateur européen : 206, 238
Message (du président de la République aux Chambres) : 30
Métropole : 82, 95, 99
Mesure d'ordre intérieur : 148
Ministre
- **nomination :** 30, 34, 35
- **pouvoir :** 36-37, 73
- **responsabilité :** 35

Ministre d'État : 34
Ministre délégué : 34
Mission (LOLF) : 167-168
Mode d'élection des parlementaires : 39-41
Monnaie unique : 169, 205-206
Motion de censure : 49-50, 224
Motivation des actes administratifs : 114

N

Navette parlementaire : 47, 221-223
Nomination
- **des hauts fonctionnaires :** 31, 72
- **des ministres :** 31
- **du Premier ministre :** 30

O

Ordonnance : 31-32, 72, 112
Ordonnateur : 178-181
Ordre public : 116, 146

P

Parité : 40, 84
Parlement
- **élection :** 39-41
- **pouvoir :** 45-50

Parlement européen
- **élection :** 218-219
- **pouvoir :** 221-224

Parlementarisme rationalisé : 17, 29-34, 49-50
Parrainage : 25-26
Performance (LOLF) : 167
Pétition : 224
Pôle métropolitain : 99-100
Police administrative : 107, 116-118, 140
Police judiciaire : 116-118, 140, 143
Pouvoir
- **disciplinaire :** 132
- **hiérarchique :** 70, 73, 74, 155
- **réglementaire :** 36, 72, 107

Pouvoirs exceptionnels : 32-33
Préambule de la Constitution : 8, 18, 21, 24, 54-55, 110
Préfet
- **de département :** 74-76, 92, 93, 107
- **de région :** 77

Premier ministre
- **nomination :** 30, 34
- **pouvoir :** 36, 72, 107

Président de la République
élection : 25-27
pouvoir : 29-33
responsabilité : 28-29
Président
de l'Assemblée nationale : 43
de l'Union européenne : 207, 211, 214
du conseil départemental : 91
du conseil régional : 91
du Parlement européen : 220
du Sénat : 38, 43
Présomption de légalité : 64
Principe
d'adaptation du service public : 124-125
d'égalité : 129
de continuité du service public : 124
de légalité : 110, 148 et suiv.
de proportionnalité : 150, 209-210
de sincérité : 164-169
Principes généraux du droit : 55, 111
Privilège du préalable : 63, 198
Procédure
accélérée : 46, 169
administrative : 112-113
contentieuse : 146-147, 154, 190
disciplinaire : 132
législative : 45, 48, 170-173, 221-223
Programme (LOLF) : 167
Promulgation (des lois) : 48
Publication (des lois) : 48, 114

Q

Question parlementaire : 48, 224
Question préalable : 145
Question préjudicielle : 145
Question prioritaire de constitutionnalité : 20, 54
Quinquennat : 27-28

R

Rapporteur public : 147, 180
Recette publique : 180-183
Recours administratif : 146-147
Recours en cassation : 142
Recours en manquement d'État : 228, 233-234
Recours pour excès de pouvoir : 92-93, 148-151
Référé : 147
Référendum : 15-16, 18, 25, 29, 30, 34, 53
Référendum local : 87-88
d'initiative populaire : 88
Régime parlementaire : 17
Régime présidentiel : 16-17
Région : 82-83, 86, 90, 192
Règle d'or : 165, 170, 207
Règlement : 117, 118, 124-126
Règlement des assemblées : 19-20, 53
Règlement européen : 216
Renvoi préjudiciel : 231-232
Report de crédit : 165
Réserve parlementaire : 173
Résolution (parlementaire) : 48
Représentation proportionnelle : 40-41
Responsabilité
administrative : 151-154
de l'Union européenne : 231
des parlementaires : 42
du président de la République : 29-30
gouvernementale : 49-50
Révision constitutionnelle (en général) : 18-19, 24, 29, 35, 51
Révision constitutionnelle (de 2008) : 15, 18-19, 32, 35, 44, 50, 52-54
Risque : 153

S

Sanction
administrative : 113
disciplinaire : 132
Scrutin
binominal : 84-85
de liste : 40, 84
majoritaire : 39, 40-41, 84
uninominal : 40, 82-84
Secrétaire d'État : 34
Secrétariat général aux Affaires européennes (SGAE) : 38
Secrétariat général aux Affaires régionales (SGAR) : 76
Secrétariat général de la Présidence de la République : 28
Secrétariat général du Gouvernement (SGG) : 38
Sénat
compétences : 39, 46, 47, 49, 58
composition : 39
élection : 40-41
Séparation
des autorités administratives et judiciaires : 57, 137-140, 143, 145
des ordonnateurs et des comptables : 178-186
des pouvoirs : 16, 59, 137-143, 210
Service déconcentré : 74-76
Service public
à caractère industriel et commercial (SPIC) : 121, 123
administratif (SPA) : 121, 123
Session parlementaire
de plein droit : 30, 33, 43
extraordinaire : 31, 43
ordinaire : 43
Sondage : 27
Sous-préfet : 75
Souveraineté nationale : 15, 54, 209
Souveraineté populaire : 15
Spécialité budgétaire (principe de) : 164, 167
Statut (de la fonction publique) : 127-132
Subsidiarité (principe de) : 74, 209-210
Substitution d'office : 93
Suffrage universel
direct : 17, 23, 39-40, 83, 218-219
indirect : 40-41

Syndicat de communes : 96-97
Système européen de banques centrales : 237-238
Système monétaire européen (SME) : 205

T

Traité : 53, 111-112
Traité d'Amsterdam : 205, 212, 214, 219, 225, 237
de Bruxelles : 222, 225
de Lisbonne : 7, 205, 210, 213, 214, 215, 223, 225, 230, 245
de l'Union européenne (TUE) : 205-206, 212
de Maastricht : 168, 205, 207, 221, 222, 225, 231, 235
de Nice : 212, 213, 225, 229, 231, 235
de Rome : 203, 238
sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) : 205-206, 217
sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG) : 170, 207
Transparence administrative : 113-115, 207
Tribunal administratif (TA) : 142
Tribunal (européen) : 230
Tribunal des conflits : 138-140
Tutelle : 69-70, 92-94

U

Unité budgétaire (principe de) : 144, 166
Universalité budgétaire (principe de) : 164, 166-167

V

Valeurs de l'UE : 210
Validation législative : 150
Voie de fait : 145
Vote bloqué : 46-47, 173
Vote de confiance : 49
Vote parlementaire (modalités) : 47